تصدق البیعان علیهما فلیکن الخیار ثابتا لهما قلت المتبادر من قوله البیعان هو ثبوت الخیار للناقلین ولا نقل بالنسبة الی الفضولیین

بسم الله الرحمن الرحیم
الحمد لله رب العالمین والصلوة والسلام علی اشرف خلقه محمد واله
الطاهرین ولعنة الله علی اعدائهم اجمعین من الاولین والاخرین
والحمد لله رافع درجات العلماء العاملین الی اعلی علیین وخافض
درکات الجاهلین الی اسفل السافلین ومفضل مداد العلماء الکاملین
علی دماء الشهداء والصدیقین وجاعل اقدامهم واطئة اجنحة
الملئکة المقربین لاکرامهم ورثة الانبیاء والمرسلین وحجج الائمة
المعصومین وخلفائهم علی الناس اجمعین وهم القائمون ببیان شریعة
خاتم النبیین وسید المرسلین والحافظون لها عن شبهة الملحدین
وزیغ المبطلین والمتکفلون بایتام الائمة الطاهرین بارشادهم
الی الدین القویم والصراط المستقیم فجزاهم الله عن الاسلام واهله
افضل جزاء المحسنین والصلوة والسلام علی افضل الموجودات واشرف
الکائنات محمد واله الهداة السادة الولاة الوسائط فی الفیوضات

بین الخلائق والبریات اما بعد فان جناب العالم العامل
العلامة والفاضل الکامل الفقیه النبیه الفهامة فخر الاقران ونادرة
الاوان وناموس العصر وفرید الدهر والاوان علامة العلماء
الاعلام ونقاوة الفضلاء الاجلاء وعمدة المجتهدین العظام
ولجنة الاساطین الفخام وسنام الفقهاء الاجلاء الکرام جناب المولی
الاجل الاعظم الامجد والفقیه المجتهد الارشد والکامل العارف الاسعد
والفاضل الاوحد شیخنا ومولانا الحاج الشیخ محمد نجل العالم العلامة
الابهر والنور الازهر والبحر الازخر والمجتهد الکامل الانور جناب
الشیخ جعفر قدس سره وطهر رمسه لما تشرف بالخدمة مدة من الزمان الی ان فاز
وبرهة وافرة من الاوان وتکحلنا بالنظر الی غرته البهیة وطلعته
المنورة اختبرناه بجملة وافرة من معضلات المسائل الفقهیة ومشکلات
الفروع الخفیة ونبذة من مهمات المسائل الاصولیة والاحکام الدینیة فوجدناه
بحمد الله تعالی بحرا زاخرا متلاطم الامواج یتشعب منه الانهار والفجاج رایناه
موافقا للفضل والسداد بالغا اقصی مرتبة الاجتهاد وواصلا اعلی
درجة الاستقلال والاستدلال بفکر ثاقب دقیق وفهم صائب وذهن
نقاد فقد فاق بمجده شیخ الاقران من ابناء الزمان وصار من العلماء الاعلام
والفضلاء الاجلاء والمجتهدین العظام النافذ حکمه علی جمیع الانام الذی رده
رد علی الائمة الطاهرین الکرام الذی هو رد علی الملک العلام الذی هو علی
حد الشرک بالله الملک الدیان مضافا الی ذلک انی قد لاحظت الشرح کتابه
هذا الکتاب الشریف وامعنت النظر فی مضمونه فوجدته قد اشتمل
علی تحقیقات فائقة وتحریرات رائقة بهرت فحول العلماء الاعلام وفاقت تحریرات
الفضلاء الاجلاء لم توجد فی زبر الاولین ولم یسمح بمثلها افکار الماهرین المتأخرین

تشهد لصاحبه بوفور فضله وسداده وعلمه واجتهاده وتنادی بعلو
همته ومزید دقته وانه ممن رزقه الله تعالی الموهبة السنیة والملکة القدسیة
والقوة الملکوتیة الاجتهادیة فله الخیار فی استنباط الاحکام الشرعیة الفرعیة
والفروع الحقة عن ادلتها التفصیلیة واصولها المحکمة وضوابطها المرعیة وذلک
فضل الله یؤتیه من یشاء من عباده علی وفق حکمته ومراده فهو الحری بان تثنی له الوسادة
وتلقی الیه الخلائق ازمة القلادة النافذ الحکم علی العوام والسادة والجدیر
بان یرجع الیه الکل بالاستفتاء منه والاستفادة ولعمری انه فی هذا الکتاب قد جاء
وافاد واتی بما هو فوق المراد ... فی هذا الکتاب بالنجم الثاقب وحله المنزل
بالمنزلة ... الاخر ومنزلة الشکر وانی وان کنت الاخر بعانه
لا ... لا ... وحشا ... ینبغی ان یکون المنابة من الفضل والعلم
والکمال وبلوغ درجة الاجتهاد احببنا ان ندرج فی تلک السلسلة الرشیدة والطبقة
المنتظمة من رواة کتب الاخبار الماثورة عن الائمة الاطهار علیهم صلوات الملک الجبار
لا جرم اجزت له سلمه الله کل ما صح لی اجازته وجازت لی روایته عن مشایخی العظام
واساتیذی الفحول الاساطین الفخام بسندهم المتصل الی الائمة الکرام منهم الشیخ
علی الاطلاق والوحید الفرید بلا نکران علامة العصر وناموس الدهر الورع التقی الصمد
شیخنا الشیخ علی الجلیل العلامة الاوحد والامام الانور الشیخ حسن النجفی قدس سره بسنده المتصل
الی مشایخه الی الائمة علیهم السلام واجزت له ان یروی عنی جمیع مرویاتی ومسموعاتی ومصنفاتی
سیما کتابنا الکبیر المسمی بکشف الاحکام فی شرح شرائع الاسلام الذی عفی من شرح مجلدات
وارجو منه ان لا ینسانی من الدعاء فی مظان الاجابة کما اذا لاحظ واشترط علیه سلمه الله
ما اشترط علی مشایخی الکرام من ملازمة الاحتیاط فی جمیع الادلة والاحکام وان لا یعدل
عن الشیخ الاسعد لا سیما الذی التام واوصیه بملازمة الاحتیاط لانه سبیل النجاة علی
الصراط یوم تنشر ... العباد وبملازمة التقوی ومخالفة النفس والهوی
وارجو من لطفه ان لا ینسانی من دعواته فی مظان الاجابة سیما فی الخلوات
... الدعوات الخاصة فی الخلوات واعقاب الصلوات ... الاجابات کما انی لا انساه
... وکتب بیده الجانیة ... الذی
خادم الشریعة المطهرة محمد حسن النجفی ابن الشیخ محمد ابن الشیخ علی النجفی قدس سره وطهر رمسه

تصدق البيعان عليها فليكن الخيار ثابتا لها فلك المتبادر من قوله البيعان هو ثبوت الخيار للناقلين
ولا تشمل بالنسبة الى الفضوليين

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على اشرف خلقه محمد وآله
الطاهرين ولعنة الله على اعدائهم اجمعين من الاولين والآخرين
والحمد لله رافع درجات العلماء العاملين الى اعلى عليين وخافض
دركات الجاهلين الى اسفل السافلين ومفضل مداد العلماء الكاملين
على دماء الشهداء والصديقين وجاعل اقدامهم واجنحة
الملئكة المقربين لانهم ورثة الانبياء والمرسلين وحجج الائمة
المعصومين وخلفائهم على الناس اجمعين وهم القائمون ببيان شريعة
خاتم النبيين وسيد المرسلين والحافظون لها عن شبهة الملحدين
وزيغ المبطلين والمتكلمون باثار الائمة الطاهرين بارشادهم
الى الدين القويم والصراط المستقيم فجزاهم الله عن الاسلام واهله
افضل جزاء المحسنين والصلوة والسلام على افضل الموجودات واشرف
الكائنات محمد وآله الهداة السادة الولاة الواسطة في الفيوضات

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب التجارة وهي مصدر تجر يتجر تجراً او تجارة مثل كتب يكتب كتباً وكتابة والوصف منه تاجر وجمعه تجار كعمار وعمال وتجر كصحب وتجر ككتب ثم ان كلمات اللغويين فيها بحسب المعنى مختلفة فمنهم من قال انها اسم مصدر تنقلنا الى معنى الحرفة والصناعة فهي صنعة التاجر ومنهم من فسرها بانه الذي يبيع ويشتري ومنهم من فسره كتجار الله في الاسناس ومنهم من احالها على العرف بمعنى انه حكم بانها معروفة ومثلهم المفسرون في الايات القرانية فمنهم من فسرها بالابدال والاعتياض التي يتجر بها في قوله تعالى تجارة عن تراض قد يود منها ومنهم من فسرها بالبيع والشراء في الاية الشريفة وهي قوله لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وقال بان عطف البيع عليها من اجل انه ادخل في الالهاء لان فيه الربح فعلاً غالباً وكذا الفقهاء في اول هذا الكتاب بان الظاهر من بعضهم كالمحقق الثاني وثاني الشهيدين انها المعاوضة لقصد الربح بل نقلهم منها انه اجماعي حيث نسبه الاول الى الاصحاب والثاني الى المحقق وغيره الظاهر في العموم بل حكي عن ظ آخر انه جزم به مدعياً انه المعروف في اخذ مفهومها وسلمنا الشيخ الفقيه في شرحه على القواعد حيث صرح باعتباره في مفهومها لغة وعرفاً ضمه انه صرفها في النقد ونحوها الا ذلك كالنصوص الواردة في مدح التجارة الا انه حكم بانه غير مراد في العنوان لعدم الخصوصية واختار كونه فيه بمعنى البيع ونقل بعد حاكياً عن الخلاف وظ قال فاذكر في المقدمات او بعض المقامات من غير ذلك نحو الملحقات وقال في الرياض هي في اللغة الكسب وفي الشرع على تعريف المتن وجماعة عقد المعاوضة بقصد الاكتساب عند التملك والمراد بها هنا الاعم منه ومن الخالي من القصد المزبور كالمعاوضة للقوت والادخار واما اطلاق له عليه مجازاً او الحاق الزائد من مدلولها به استطراداً انتهى وفيه نظر من وجوه اما اولاً فلانه لو لم يفسرها احد من اللغويين بمعنى الكسب مضافاً الى انه يمكن البيان بلزوم صحة او فقها وان يكون استعمال التجارة صحيحاً في كل موضع صدق الكسب فالعالم تاجر وكذا التاجر صدق في انه كاسب للعلم

والمجتهد والنحوي مع انه خروج عن العقل والبطلان اولى وفيه نظر فاف البناء ومن كسب المال لا الا عم منه وما ذكر واما ثانياً فلانه لم يثبت في هذه اللفظة عرف شرعي او متشرعي وما ذكره بيان للمراد وهو لا ينافي المجاز واما ثالثاً فلعدم تعقل معنى للاستطراد بعد ارادة الاعم منها وعطف الالحاق على الاعم غلط وان صح المعنى لكان كلمة اما التي تقتضي طرفاً اخر اولى ويمكن تصحيحها بان يقال مراده من قوله والمراد بها هنا الاعم من حيث المبحوث عنه اي التجارة المبحوث عنه في عنوان الفقهاء اعم اما من حيث استعمالها في العقد والمشترك مجازاً واما من حيث كون ذكر المبحوث عنها اصالة وبعض استطراداً ويشهد به عطفه كلمة الحاق على اطلاق بل هو للتعيين ظاهراً فهم واما ثالثاً فلان الارادة تنافي مرادفه بين التجوز والاستطراد والاولى في المقام اولى لان اكثر المباحث المندرجة في العنوان خال عن قصد خصوص الربح فيلزم كون ذكر الاقل اصالة والاكثر تبعاً وهو كما ترى غاية الامر احتياجه الى القرينة وهي موجودة فان ذكر المباحث المذكورة فيه مع عدم ملائمة الاستطراد قرينة عليه ومنه يتضح ما في كلام الشيخ الفقيه في شرحه ايضاً كما انه يتضح ما في كلام ثاني الشهيدين في ذلك حيث التزم ان جميع ما في هذا الكتاب مما لاحد خليفته لا فيها بالمعنى المذكور وقد ذكر استطراداً مضافاً الى انه مخالف لو عده في كتاب الزكوة حيث قال فيه بعد ان ذكر تعريف المتن لمال التجارة قال ان فرضنا بذلك من حيث تعلق الزكوة والا فالتجارة مطلقاً اعم من ذلك كاشتباً والى ما ذكر فاظ ما في مجمع البحرين في تفسيرها من انها انتقال شيء مملوك من شخص الى اخر بعوض مقدر وعلى جهة التراضي بمعنى ان ... في هذا التفسير على ان المراد منها في الكتاب والسنة وكلام الفقهاء او اللغة كما هو غرضه في وضع كتابه فقد عرفت وان كان كما سيظهر انشاء وقال في الجواهر المراد بها هنا مطلق المعاوضة نحو قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض كما عن مجمع البحرين قال التجارة بالكسر هي انتقال الخ لو ان المراد بها الصناعة المعروفة ... قبل انها المتبادر ومنها بل هو المستفاد من اهل اللغة الا ان ذلك لا ينافي ارادة غيره منه في خصوص

منها

المنام لمعلومية عدم اعتبار ذلك في التجارة المبحوث عنها والا لانتقض بالمعاملات المقصود
الاكتساب من غير ذي الصنعة الا انه يلتزم الاستطراد وهو بعيد ولو ما سمعته في كتاب الزكاة
من الغاء صنه لقصد الربح انصرف عن الظاهر منه طلب ثراه كونها حقيقة في الصيغة وحمل كلام
اللغويين عليه هذه هي اجمال من كلماتهم ولكنها كما ترى والحق انها مشتركة بين الصناعة والمعنى
المصدري اعني البيع والشراء وما يجري مجراهما من المعاوضات الواردة على الاعيان لقصد
الاسترباح والتخصيص في كلمات بعض اللغويين لا ينافيه لان الظاهر كونه من باب الغالب
او المثال او ارادة الاهم كما في العرف حيث يقولون تجارته هكذا مع ان الاتفع للصلح وهكذا
ولا تخصيص في الاعيان التجارية بعين دون عين من حيث الصدق وكلام الزمخشري في الاساس
لا ينافيه ايضا بل لا غاية له لان لو كان ماخوذا فيه بل من التقييد به التاكيد و
التاسيس هو الظاهر وخير منه مضافا الى لزوم خروج جملة من الموارد التي نقطع بتحققها فلا
من حمله على الغالب او المثال ايضا فليتامل فيمن اجر اولاده او نفسه ليس تاجرا ولا بقال ان
تجر وكذا من اشترى شيئا للقوت او للادخار او للدين ونحوها ليس تاجرا لعدم قصد الا
سترباح وكذا من باع مهاباة او صالح مغابنة ويدخل فيه عمل اكثر اهل الصنايع كالصراف و
الخبّاز والقصّاب والبقال ونحوها فان الاول تاجر في النقود والثاني في الخبز والثالث في
الحيوان والرابع في اشياء مخصوصة وبالجملة فعمله على شيء خاص لا ينافيه كما ان اطلاق
خاص عليه كذلك وما نرى من الجهة بحسب العرف في هذا الزمان اطلاق التجارة على النحو
لا نحو بل لا يبعد حمله على الاول بحسب العرف القديم فالكل تاجر محقق والدليل على ما اخترناه
ظواهر كلمات اللغويين والاستقراء في موارد الاستعمال والتبادر وعدم صحة السلب عن خصوص
كل واحد منهما فيهما ودون ان تحمل على شيء منهما الا بالقرينة فما ورد من الاخبار في
مدح التجار محمول على معناها الصناعي وما ورد فيها في مدح التجار محمول على معناه المصدري

والوصف

في كليهما واضح وما ورد في كلمات المستعملة في غيرهما كتابا وسنة يكون مجازا اما دائر على انه
خير من الاشتراك ومجرد الاستعمال في غيرهما كتابا وسنة يكون مجازا الوضع والاعم لا يدل على الحقيقة
اقول وفي تعميم حمل التجارة على النهج المسطور نظر كان في تحققها قصد فما يجد عمل و معاوضة
وجهته بحثا واتفاقا فتامل لكن فالاظهر تخصيصها بما هو المتداول في هذه الازمنة مع اعتبار
جعل العمل شغلا له وان كان مرة او مرتين قليلة فانه من البين عدم صدق التجارة على بيع متاع
لقصد الاسترباح من باب الحيث وكذا على بيع الخبز واللحم وامثالها ودعوى كونه من اجل
عرف الحادث والا فبحسب العرف القديم الصدق محقق دونه خرط القتاد فان الظاهر اتحاد
العرفين هذا ولكن المراد بها في العنوان المعنى المصدري الاعم من قصد الاسترباح وعدمه مجازا
ولا يلزم الاستطراد في اكثر مباحثها وهو كما ترى لدى الصناعة فعلها غير معقولة كما لا يخفى على
من له ادنى مرجعية ودربة **اقول** وفيه نظر فان الظاهر اتحاد العرفين انه يوسم الحقيقة المتشرعية
فان استعمالها فيه عندهم يبلغ الى حد يتبادر منها الاعم ولو مع قطع النظر عن القرينة ولو كانت
الشهرة فلا يرد علينا انه من باب المجاز المرسل مع القرينة او المجاز المشهور وتقدم على الحقيقة
المهجورة مع ان فيه ما فيه ولزوم الاشتراك لاجل الدليل غير عزيز فلا باس من هذه الجهة
مسئلة التجارة لها حيثيات متعددة من حيث المتجر به اعني الاعيان يكتسب بها فقد قسمه جماعة
كالمحقق في الشرايع والشهيد في اللمعة وغيرهما الى اقسام ثلثة فيها ما يحرم به التجارة به كالخمر
والخنزير بمعنى ان الحرمة ناشئة من خصوص المتجر به وبعبارة اخرى لخصوص المتجر به مدخلية
فيها فان الخمر مثلا من حيث انه خمر له مدخلية في التجارة والتكسب وليست الحرمة ههنا من
اجل فعل المكلف بما هو فعله او من اجل كون المكتسب به واحدا من الاعيان بل من حيث كونه
خمرا وجعل بيع السلاح لاعداء الدين من هذا القسم من جماعة كما في الكتاب بتخيل ان لا
لخصوص السلاح ليس مدخلية في حرمة التجارة وانما هي عرضت لامر خارج عنه وهو المشتري

يحرم التجارة به اللهم الا ان تقيد عنه بان التجارة لا عداء الدين صح

فانه لكونه من اعداء الدين بما يعينهم على هذه الجهة يحرم من اجل الوصف العنواني اعني
للتجر به اعني المعين لهم في هذه الجهة مدخلية من حيث الخصوصية اي من اجل كونه معينا لهم
في الحرمة والتمثيل بالسلاح ليس من حيث خصوص السلاح بنفسه بل من اجل تحقق الاعانة و
كونه منطبقا مع كلي المعين لا سيما على القول بان لوزن نفس الطبيعي كما هو الحق لا مقيد
فيصير هذا نظرا الى تحريم التجارة بهذا الخرشبو الاحمر بعينه فانه من الواضح انه ليس لخصوص هذه
الخمر مدخلية لحرمة التكسب بها وانما هي من اجل كونها منطبقا مع كلي الخمر والذئب عند جعل اللام
للجنسية المتعددة بمعنى انه يحرم التجارة بالسلاح من حيث كونه لاعداء الدين فللتجر به من حيث
تلبسه بهذه الحيثية مدخلية في الحرمة بحيث بهذه الحيثية حتى يكون التجارة به حراما وانما
يبحث بهذه الحيثية نفس التجارة وبعد حصولها لا ريب في عدم الحرمة ومنها ما يكره التجارة
به كالنقدين والاكفان والرقيق فان لخصوصيتها تمام مدخلية في الكراهة كما لا يخفى ومنها
ما يباح التجارة به وهو الاكثر المستغنى عن التمثال ولا ينافيه دخول التجارة مطلقا ان قلنا
به لانه من حيث الفعل والاباحة من حيث المحل والمتجر به كما هو مفروض هنا وتعدد الحكمين من
حيثيتين غير عزيز في الشرعيات وتلخيص الشيخ الاستاد دام بقاؤه ان اباحتها انما هي من اجل
كونها مباحة في انفسها ان لم تقل برجحانها في حد ذاتها واما بالعرض فان عرض في خصوص
مادة موجبة توازي جهة الرجحان بعد حرازتها بقيت مباحة وهو كما ترى خارج عما نحن فيه
فان كلامنا في هذا التقسيم من حيث المتجر به لا من حيث التجارة نفسها فانها بحسبها تنقسم الى
احكام خمسة والثلاثة ظاهرة والواجب ما يضطر اليه المؤنة ومؤنة عياله والحرف المتوقف
عليها النظام فانها واجبة كفائية والمندوب ما يقصد به التوسعة عليهم والى هذا ناظر
ما في القواعد حيث ضمها الى الخمسة وعدادها هنا قسم رابع وهو المندوب بمعنى ان
في الاعيان ما لخصوصيته مدخلية في استحباب التجارة به كالغنم الذي جعل جزء من البركة فيها

وربما

وقد يعارض هذا بما في الجواهر بان البركة فيها لا في الكسب بها كما لا يخفى على من لاحظ النص الذي
تضمن ذلك وبما ضعفنا طريق وهو مثاله بما يدل على ما في الشهيدين في ط والروضة حيث قال
في الاول ان كلا من القسمين حسن وان كان ما هنا احسن اذ لا خلل في الثلثة كما لا خلل
في الخمسة بان مورد القسمة في الثلثة ما يكتسب به وهو العين والمنفعة وظاهر ان الحرف
لا يرد عليها من حيث انها عين خاصة ومنفعة بل بسبب امر عارض وهو فعل المكلف ومورد
الخمسة وقال في الثاني ولم يذكر المكروه الاكتساب الذي هو فعل المكلف ومن شانه ان يقبل
الخمسة وقال في الثاني ولم يذكر الله الوجوب والاستحباب لانهما من عوارض التجارة وان
كانت عبادة فاصرحوا ان الثلثة المذكورة ايضا من عوارض التجارة فان اتصاف الاعيان
بنفسها بالاحكام الشرعية غير معقول وانما تتصف بها من حيث عروض الفعل لها بقي هنا
شيء وهو ان الشهيد في المسالك ذكر ان هذه الاحكام من وظائف العبادات وخارجة عن
وضع البحوث عنه فان وضعه على بيان اصل التجارات وصحتها وفسادها وفيه نظر يتوقف
على بيان العبادة فنقول هي على اقسام ثلثة منها ما يتوقف صحته على قصد التقرب وحصول
القرب مكلها كالصلوة والصوم ونحوهما ومنها ما يتوقف صحته على قصد التقرب فقط
وان لم يحصل القرب كالوقف والعتق فانهما صحيحان من الكافر على ما حقق في محله مع انهما لا
يوجبان القرب والزلفى له ومنها ما يتوقف الثواب عليه على قصد القربة وان كان صحيحا
بدونه كغسل الثوب لاجل الصلوة ونحوه والاول عبادة بالمعنى الاخص والثالث عبادة
بالمعنى الاعم والمتوسط برزخ بينهما انما تحقق ذلك فاعلم ان ما من الها وظايف العبادات
بالمعنى الاخص ولا يخفى فساده فانه ليس من وظيفتها بيان احكام البيع وجوبا وندبا وغيرها
ولذا لم يذكرها فيها احد من الفقهاء بل هو في غاية المحنة واما ان يريد بها العبادة بالمعنى المتوسط
وهو مثل سابقه واما ان يريد بها العبادة بالمعنى المتوسط وهو مثل سابقه واما ان يريد

العبادة بالمعنى الاعم ولا وجه له ايضا لانه من القواعد الاصولية الثابتة بقوله انما الاعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى وغيرها من الاخبار وبالجملة العبادة بالمعنى الاعم معناها ان كل فعل
يثاب الفاعل عليه بقصد القربة فهو عبادة وان لم تكن صحيحة صحته متوقفة عليه وهو قانون
كلي منطبق على جميع جزئياته من غسل الثوب والبدن للصلوة ونحوها وهذا نظير قولك كل
مقدمة للواجب واجب الثابت بالادلة المنطبق على جزئياته الخاصة من طي المسافة للحج
وتحصيل الماء للصلوة ونحوهما فكما انه قاعدة اصولية فكذا هذا ولا ربط للفقيه به فضلاً
عن ذكره احكام التجارة فيه والحاصل ان الاحكام المذكورة وضعية وصنفة تعني كتاب التجارة ولا فرق
بينها وبين الصحة والفساد الا انها تكليفية وهاتان وضعيتان والا فالكل احكام شرعية والمناسب
في كتاب التجارة بيان موضوعها وحكمها تكليفا ووضعا وعليه ديدن الفقهاء وسجيتهم
بذكر الاحكام المسطورة في كتاب التجارة في محلها بلا اشكال وريبة والعجب كل العجب من الشارح
في هذه المقالة تعريضا على الجماعة الذين هم المهرة في الفقاهة أقول هكذا افاد شيخنا دام
مجده وهو لا يخلو من فساد ايضا وذلك لان قصد القربة المعتبرة في العبادة بمعنى الاتيان بها
امتثالا لامر الله تعالى وعلته الغائية والغرض منه القرب في المرتبة عند الله ولا دليل على ترتب
ثوابه على الاتيان بقصد الامتثال بمجرده عن احتمالها نحو الخضوع والخشوع وغيرهما مما يورث
الروح لها بل مشتملة على العضاضات الاخر مثل العبث باللحية والتمطي والتفكر فيها في امور
الدنيوية ونحوها فصلوته صحيحة اجماعا مع انه من الواضح عدم ترتب الثواب عليها كما يشهد به
العقل السليم والاثار القويم نعم يجب على الله بمقتضى عدله ان يعطي الاجر او عوضا اما في
الدنيا او في الاخرة واين هذا من القرب فانه ليس الاعطا وعوضه ولا يترتب عليه الدرجة والمرتبة
كما يشهد به على شخص لنا الاجرة فانه ليس له درجة ومرتبة عند المعطي بالضرورة وبالجملة
القربة المعتبرة في العبادة صلوة كانت او صوما او وقفا او صدقة او اعتاقا او غيرها

هو الاتيان بها بقصد الامتثال بمعنى انه لولا الامر لم يأت بها وهو فاقد حصل العلة الغائية منه
والغرض من اتيانها القرب بمعنى حصول الدرجة والمرتبة فهو زائد مع شرائطه المعتبرة بلية منافية
الفاعل والمحل وهو يختلف باختلاف الفواعل لاختلاف الشروط المحصلة له كما وكيفاً
بحسبهم وان جعلها الجنة او الخلاص من العقاب واعطاء النعم الدنيوية فهو زائد وليس له
القرب بمعنى المرتبة والدرجة عند الله سبحانه فالقرب والثواب بهذا المعنى ليس لازماً غير منفك
للعبادة وقد نبه الى هذه الدقيقة جماعة من المهرة منهم الفاضل القمي ره في القوانين في
مبحث اجتماع الامر والنهي ومنهم الشهيد في الروضة في كتاب العتق حيث قال والقول بصحة
عتقه اي الكافر متجه مع تحقق قصده الى القربة وان لم يحصل لازمها انتهى وذلك لفقدان
قابلية الفاعل والمحل من حيث افاضة الدرجة والمرتبة فجعل القرب من اللوازم الغير المنفكة
في الصلوة وفي الصوم ونحوهما دون الوقف والصدقة والعتق في غير محله بل الحق انه
ليس من اللوازم بهذا المعنى مع ان الحكم بحسب اصل المدرك فان مدرك القربة لا يفرق
بين الصلوة والصيام وغيرها فلو دل على لزوم الترتب لدل في الكل فالتفكيك قول زور
فظهر ما حققنا ان جعل العبادة من حيث العبادة اقساما ثلثة والوقف والعتق والصدقة
واسطة بين العبادة بالمعنى الاخص والاعم لا وجه له ولذا تركها الجماعة في بيان تقسيمها
في مسئلة النهي عن العبادة فتبصر ولعل الباعث على هذه القسمة لشيخنا الاستاد حكم الجماعة
بصحة الثلاثة من الكفرة مع اعتبارهم فيها قصد القربة ووجهه ما ذكرنا لا ما ذكره وهو لا
ينافي حكمهم ببطلان عبادة الكفار مطلقين البطلان بانتفاء القربة ضرورة عدم تأتي
هذا في العبادات المشتركة التي هي في شرعنا بعينها في الشرايع السابقة والظاهر ان
الثلاثة منها اذ من الواضح ان الكفار ربما كانوا مقرين باصل الاسلام والتدين لدى المفروض
عدم كونها منسوخة وتحقق قصد القربة منهم فيها ممكنة والصحة محققة اللهم الا ان يقال

ان الاسلام والتدين به مطلقا مشروط شرط الصحة مثل الطهارة بالنسبة الى الصلوة ولعل
من اجل هذا حكم جماعة ببطلان الثلاثة من الكفار ولا انه مطالب بالدليل والاستدلال له بالاخبار الدالة
على ان الظاهر منها عدم القبول وانتفاء الثواب الاخروي واين هذا من كونه شرطا للصحة وبالجملة
دعوى كون الاسلام شرطا لصحة العبادة بعيد كالطهارة بالنسبة الى الصلوة دونه خرط القتاد
والحاصل ان شريعتنا هذه ناسخة للشرايع السابقة بحسب نوعها لا انها ناسخة لكل حكم حكم منها
وح فاله ينفع و يكون من المشترك بمعنى موافقة الامر والامتثال الا انه لا يوجب القرب
الزلفى لاجل عدم قابلية الفاعل والمتمثل له ولكنه يوفى به عوض عمله واجرته اما في الدنيا او الاخرة
بمعنى التخفيف في عذابه كيفا ويدل على ذلك قضية كسرى انوشيروان حيث ورد في الحديث
انه قال في جواب امير المؤمنين عم اني في جهنم بسبب كفري وعدم اسلامي لاشتغالي بالملك وموتي
على دين المجوس الا اني غير معذب من اجل عدلي وانصافي بين الرعية ويشهد بما قلنا ما نقل عن
كما في الروضة يبين من المجد الاولوية بالموت وغيره في العتق ونحوه في البطلان في الاول و
الصحة في الثاني وجه الشهادة ظاهر هذا فتدبر **مسئلة** يحرم التجارة بالاعيان النجسة والتكسب
بها او تحقيق الكلام مقتضى مقدمة ما عليه رسم مقدمة وهي ان الاصل والقاعدة الثانوية الواردة
على اصالة الاباحة القاطعة لها حرمة التصرف والانتفاع في الاعيان النجسة الا ما خرج سواء
كانت نجاسته ذاتية كالخمر والخنزير او عرضية كالدهن المتنجس لاجل العارض وفاقا للشهيد من
المتأخرين وخلافا لشيخنا في العقد في شرح القواعد حيث مشى على جعل الاصل الاولي حكما
اما القاعدة جواز التصرف كل تصرف والانتفاع الا ما خرج وفاقا للمقدس والحق الاول للاجماع
والاخبار كما لا يخفى على المتتبع وهل يشمل النجاسة النجاسة العرضية كالدهن المتنجس فانه قال
انه نجس ايضا كما يقال الكلب نجس والخمر نجس ام لا بل النجس حقيقة في النجس الذاتي ومجاز
في العرضي وجهان بل قولان ولكن الحق الشمول فانه موضوع للمعنى الاعم بحكم اللغة والعرف اذ يقال
عرفا

عرفا للدهن المفروض انه نجس ولا يصح سلبه عنه وهذا ظاهر وهو ما قاله بعض الاصحاب في الاية
الشريفة انما المشركون نجس بانه اما باعتبار ولفظه ذو حتى يكون حمل ذو وهو او باعتبار
التأويل بالمشتق حتى يكون حمل الاشتقاق او من باب المبالغة حتى يكون حملا مقتصرا فادعا
ضرورة كون حمل الاشتقاق بلا تأويل ولا ليس مقصد وحتى يحتاج الى هذه التمحلات فاذا
الامر كذلك فالنجس في الخبر محمول على الاعم لاصالة الحقيقة ولكن الانصاف ان فيه اشكال اذ
المتبادر من النجس ما يقابل المتنجس ويحمل عليه كلام الغير وذا فادى لانه المفهوم منه واطلاق
النجس على الدهن والثوب المتنجسين اما من باب المسامحة او الحقيقة الطارية من اجل غلبة الاستعمال
ثم اذا عرفت ذلك فاعلم انه يحرم التكسب بالاعيان النجسة بمعنى اجراء صيغة البيع عليها او ما
للبيعة وكذا سائر الابواب التي يتعلقها الاعيان ويتعلق بها وتعتد فانه البيع وان فرض
لها نفع محلل مقصود للعقلاء خلافا للمقدس الاردبيلي والمحقق الخونساري والمحدث الكاشاني
حيث جوزه من الجهة المذكورة لنا عليه وجوه الاول الاجماع محققا ونقلا قال العلامة في كرة
ويشترط في المعقود عليه الطهارة فلو باع نجس العين كالخمر والميتة والخنزير لم يصح اجماعا ومن
المنتهى اجماع المسلمين كافة على بيع تحريم الخمر والميتة والخنزير واجماع علمائنا على تحريم بيع الكلاب
عدا الاربعة وعن النهاية الاجماع على تحريم بيع الكلاب عدا الاربعة ايضا وعن الخلاف اجماع
الفرقة على تحريم بيع الخمر والسرجين النجس والكلب عدا كلب الصيد وعن ط الاجماع على تحريم
بيع الخنزير واجارته والانتفاع به وعن الشرايع المراد بيع الخمر للمسلم حرام وثمنه حرام وجميع
انواع التصرفات فيها حرام على المسلمين بغير خلاف بينهم وقال ايضا حكم الانتفاع حكم الخمر لا يجوز
التجارة به ولا التكسب به بغير خلاف بين فقهاء اهل البيت ع وعن الانتصار ومما تفردت
به الامامية القول بتحريم الفقاع وتحليل بيعه الثاني الايات وهي كثيرة منها قوله تعالى حرمت
عليكم الميتة والدم فان نسبة التحريم الى الاعيان غير معقولة فالمراد انه يتصف بالحل والحرمة وانما

المصنف بما فعل المكلف فاذن تحمل على حرمة جميع التصرفات والانتفاعات لبطلان الترجيح
بلا مرجح فيدخل فيها البيع عليها والتكسب بها وفيه نظر فان الحمل على العموم كما حقق في محله
مشروط بعدم العرف الشائع الغالب وهو في المقام متحقق فان المتبادر منها شرب الخمر و
اكل الميتة كما ان المتبادر من قوله حرمت عليكم امهاتكم وطيها ومنها قوله تعالى انما الخمر والميسر والا
نصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه فان الرجس بمعنى النجس فامر الله تعالى
بالاجتناب لاجل النجاسة ولم يقيده بخصوصية دون خصوصية فيجب عموما ومما يجب بالالتزام
الاجتناب لاجل النجاسة عنه بيعه والتكسب به هكذا استدل بها بحر العلوم في مصابيحه وتبعه
في الجواهر وفيه نظر فان الظاهر حمل الرجس على النجاسة الشرعية غير معقول ومع عطف
الثلاثة في الاية الشريفة اعني الميسر والانصاب والازلام التي هي من الاشياء الغير النجسة بالفرد
فان الاول اما نفس القمار او آلته والثاني هو الاحجار التي نصبوها في الجاهلية فوق
الكعبة ويحلون بها من احرامهم والثالث النرد وهو محل معروف والنجاسة المبحوث عنها منها
كما ترى فتعين حمله اما على القذر اللغوي وهو اعم من النجاسة كما صرح به الفاضل بعض الافاضل
او على اللعنة كما في قوله تعالى ويجعل الله الرجس على الذين لا يعقلون اي اللعنة في الدنيا والعذاب
في الاخرة كما في مجمع البحرين او على المأثم كما في اللغة او على الاعمال القبيحة والمأثم كما في قوله تعالى انما
يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت على ما في مجمع البحرين ايضا وبهذا ظهر وهن ما قاله
الشيخ في تبيانه من ان الرجس هو النجس بلا خلاف الا ان يقال ان ظاهره انه لا خلاف بين
علمائنا انه في هذه الاية او على الوسوسة كما في حديث الخلوة اعوذ بك من الرجس النجس الخبيث
المخبث ومنها قوله تعالى والرجز فاهجر فانه القذر كما عن الجوهري والقاموس بل هو المناسب لقوله
تعالى وثيابك فطهر الثالث الاجماع وهو كثير ايضا كما لا يخفى على المتتبع **مسئلة**
ومن النجاسة التي يحرم التكسب بها الخمر واختلفوا فيها بحسب الموضوع فقيل انها المعتصر المسكر سواء

كان

سواء كان من عنب او زبيب ونسبه بعض الى المشهور وقال في القاموس هو الاصح وقال جمع انها
المعتصر المسكر من العنب وهو الحق لحكم التبادر والاستقراء في كلام العرب نثرا او نظما وغيرها
والاستدلال على الاعمية بورودها في زمن الهجرة مع انه لم يكن في المدينة في هذه الحالة عنب
وباعتبار امتناع الاصحاب بمنع البيع ثم تغيير يكشف عن انها اعم فاسد اما الاول فلان ورود
الحكم على الكلي وهو لا يستدعي وجوده مطلقا فضلا عن امكان الوجود مضافا الى ان الخمر من
الامور التي كانت محرمة في كل دين وملة كما وردت به النصوص المستفيضة والاخبار المتواترة
فهي من زمن خلقة آدم محرمة مع انه لو لم يكن اذن في الدنيا عنب اصلا ومنه يظهر ضعف الثاني
ايضا فان امتناعهم عنها بمنع النبي صلى الله عليه وآله ايضا والمعتصر في غير العنب لا يدل على التعميم لجواز
ان يكون الامتناع من اجل كونها في حكم الخمر لا لانها خمر حقيقة اذا تحقق ذلك فالحق انه نجس
وفاقا للمشهور خلافا للابن ابي عقيل والمقدس للاجماع محققا ومنقولا والاخبار المشهورة
التامة الكاشفة عن سند اجمالي معتبر واظاهر منها في حرمة وثبات البيع ومنه يعلم عدم
جواز التكسب بها مضافا الى ادلة خاصة وقد سبق على ان الاجماع واقع على حرمة جميع
التقلبات في خصوص الخمر كما نقل عن المراسيل مسئلة ومن النجاسات التي يحرم التكسب بها الانبذة
المسكر جميع نبيذ وهو المتخذ من التمر وجمعه يكون تغليبا فليس المراد منه الافراد بل الانواع
فانه ربما يتخذ من غير التمر قال في مجمع البحرين النبيذ ما يعمل من الاشربة من التمر والزبيب
والعسل والحنطة والشعير وغير ذلك يقال نبذت التمر والعنب اذا تركت عليه الماء
ليصير نبيذا فصرف من مفعول الى فعيل والدليل عليه لانا نجاستها لما تقدم وكذا الحكم
وان قيل بالطهارة لبعض ما مر مضافا الى ما ورد من ان ما كان عاقبته خمرا فهو خمر ومن
المحقق في محله ان المراد منه التشبيه في الحكم ومن احكام الظاهر حرمة التكسب بها
فيكون التكسب بها ايضا حراما ولنحو ما ورد في الفقاع من الاجماع على حرمة التكسب به

او دبغه فان كانت نجسة يمنع من النظر اليه فلا يجوز بيعه وان كانت وثيقة لا يمنع
من النظر اليه جاز بيعه وان كان مائعا فلا يخلو عن احد امرين اما ان لا يطهر بالغسل او لا يكون
كذلك فان كان الاول مثل السمن لا يجوز بيعه وان كان مما يطهر كالماء فانه يجوز بيعه اذا اطهر
انتهى لما عرفت من ان مقتضى القواعد الجواز خرج المائع بالذات للاجماع وبقي الثاني وليس على اعتبار
ما اعتبره دليل ومراده من المجاورة هنا الملاقات ووجه التفصيل بين المنع من النظر اليه وعدمه
لزوم الغرر والجهالة لو كان المبيع مستورا بالنجاسة مضافا الى لزوم وقوع العقد على النجس الذاتي
وهو باطل اجماعا وحزوره ومراده بالغسل في عبارته المطهر ولو كان امتزاجا فيرتبه الذبل وفيه
البطلان من اجل الغرر والا لم لعدم الملازمة بين كونه مستورا بالنجاسة والجهالة كما لا يخفى
وكونه جزء له لا ينافي الصحة اما اولا فلعدم لزوم قصده بالبيع واما ثانيا فلانه ليس بادون
من بيع الخمر والخل حيث حكم بالصحة في الثاني دون الاول كما عليه المشهور وثانيها الكلام
فيه من هذه الجهة خارج عما نحن فيه فان كلامنا عليه من حيثية النجاسة ثم **مسئلة**
قد عرفت انه لا يجوز التكسب بالمائعات المتنجسة ولكن استثني منها الادهان من حيوان او
غيره كما في الجواهر والحكم في الجملة اجماعي وان خالف بعض الاصحاب كالشيخ ره حيث حصره با
لزيت وعند غيره قولان فيه الجواز مطلقا وعليه ظاهر جماعة جواز بيعها بقصد الاستصباح
وظاهر بعض اخر اعتبار النية القصد في البيع والشراء او كليهما كما هو المستفاد من اخر كلام صاحب
الرياض وبعض اخر كون الدهن قابلا للاستصباح يكفي في صحة البيع كالشيخ المفيد في شرح
القواعد وجرى بعض الاجلة وقال المحكيه جواز بيعها للانتفاع بها في غير مشروط بالطهارة ولو
غير الاستصباح والاقوى جواز بيعها اذا كانت له منفعة غالبة محللة ولو في غير الاستصباح
لنا عليه مضافا الى الاجماع في الجملة وجوه من الاخبار منها خبر ابي بصير سألت ابا عبد الله عم
عن الفارة تقع في السمن والزيت فتموت فيه قال ان كان جامدا فاطرحها وما حولها ويوكل

ما بقي

وان يبقى الا ما بقي ان كان ذائبا فاسرج به واعلمهم اذا بعته وغير ذلك من الاخبار الكثيرة كما لا يخفى على
المتتبع لعدم القول بالفصل واجماع المركب في كليهما بقي الكلام في امرين **احدهما** انه هل الاستصباح لا بد
وان يكون تحت السماء او لا بل يجوز مطلقا ولو تحت الظل المشهور المعروف على ما في كلام جماعة
الاول وذهب جماعة منهم الحلبي على ما هو دابه من كون فتواه على وفق ما نقله من الاخبار في كل
باب حيث نقل الاخبار الواردة في الاستصباح من دون ذكر خبر مشتمل على تحت السماء وابو علي ابن
الجنيد والشيخ في ظاهر صنعه من الخلاف والعلامة في آخر الذي هو اخر تصانيفه ونجم المحققين في
الايضاح والمحقق الاردبيلي والخراساني الى الثاني ويظهر من اخر كلام الشهيد في الذكرى التوقف والاوسط
اوسط لاطلاق الاخبار الكثيرة المتظافرة الواردة في الباب مع ان الاسراج تحت الظلال من الامور
الشايعة لكون غلبة الاسراج في الشتاء والذي المدار فيه على السقف والظل مضافا الى لزوم
تاخير البياض وفت الحاجة وهو غير جائز باتفاق الفرقة **وثانيهما** انه هل يجب اعلام المشتري
بالنجاسة ام لا وعلى تقديره هل وجوبه شرعي او شرطي لا اشكال في الاول وانما الاشكال في
الثاني فان عبارتهم في بيانه مختلفة ففي بعضها التعبير باللزوم لوجوبه وفي بعضها لا يجوز بدونه
والمحكي عن الشهيد في حواشيه على القواعد والمقداد في التنقيح وشيخنا النبيه في شرحه على القواعد
والمحقق الاردبيلي ان وجوبه شرعي بمعنى انه لو لم يعلمهم اثم لكن البيع صحيح بل المحقق الاردبيلي ادعى انه
ظاهر الاصحاب اتفاقهم عليه والاقوى الوجوب الشرطي لما حقق في الاصول من ان الاوامر الواردة
في العبادات والمعاملات وكذا النواهي ظاهرها بيان الجزئية والشرطية والمانعية وبعبارة اخرى
كل امر ونهي لجهة ارتباط بالمعاملات والعبادة وليس مطلقا مثل اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا
وجوهكم وايديكم الى المرافق واقرؤا في الصلوة القران ولا تكفر فيها بخلاف مثل لا تنظر الى الاجنبية
فانه مطلق وليس له ارتباط بهما كما لا يخفى يوجب التقييد في العبادة والمعاملة بمعنى ان العبادة
والمعاملة المضاد لها ليست ايا هما كما اناطا وبين المبدل عليه الامر واما البين عما يدل على

امع

وانه خمر فانه اخفى من الاسفنجة كما يرشد اليه قوله انه خمر مجهول استصغره ومن هنا ظهر وجه
نجاستهما ايضا فانها من الاحكام الظاهرة للخمر **مسئلة** المتنجس على قسمين ذاتي وعرضي اما الذاتي
فكالخمر والخنزير وغيرهما من الاعيان النجسة واما العرضي فكالماء والدهن وامثالهما من
الاشياء الطاهرة بالاصالة الملاقية للنجاسة ويسمى متنجسا ايضا وهو كالاول ينقسم الى
قسمين مائع وجامد ومثال كل منهما ظاهر وكلاهما في حد ذاتهما قابلان للتطهير مع بقائهما
على حقيقتهما او في كل موضع لم يحصل التطهير فهو انما لوجود المانع لا لفقدان المقتضي
الماء المتنجس وكذا الدبس في حد ذاتهما قابلان للتطهير مع بقائهما على حقيقتهما او في كل موضع
وعدم استهلاكهما ولكن لا يطهران لمانع فان سطح الظاهر منهما يمنع من وصول المطهر وهو
الماء الى السطح المتوسط وما يليه فعدم الطهر من هذه الجهة لا من اصل عدم قابليتهما في
حد ذاتهما كما في الخمر والخنزير ويتنجس السطح الظاهر الذي يصل اليه الماء من اجل كونه مائعا ملاقيا
لمائع متنجس اخر وهو السطح المتوسط وما يليه ومن اجل هذا طهر سطح المائع المتنجس حال جموده
كالفضة والذهب ونحوهما فانهما لو كانت متنجسة حال ميعانهما ثم جمدت يطهر ظاهرها بالماء
لو مراد لا يطهر بالماء وعدم المانع كما في المائع ثم المتنجس ايضا على قسمين فمنها ما ان يتوقف
الانتفاع بالمنافع الغالبة المحللة بها على طهارتها كالماء والعجين المتنجسين فان الشرب والاكل
الذين هما من منافعهما الغالبة يتوقفان على مشروطة بالطهارة اذا تحقق ذلك فاعلم ان
مقتضى القواعد الشرعية جواز التكسب بالمتنجس مطلقا من حيث انه متنجس لعموم الادلة
وعدم ما يصلح للمانعية الا الاجماع على ما ذكره بعض كصاحب الرياض من كلام بن زهرة
في الغنية والعلامة في المنتهى وحديث التحف وتنقيح المناط والكل فاسد اما الاول فلعدم
دلالة العبارة عليه كما لا يخفى على من لاحظها وعلى فرض التسليم لا يحصل الوثوق بمثل هذا الاجماع
الذي على خلافه الشهرة فان من تتبع كلمات القدماء على الشيخ وبعض من عاصره يستفاد ان

المشـ

امع

ان المشهور في غير المائعات على جواز بيعها والتكسب بها حيث ذكروا حكم المائع وسكتوا
عن غيره بل الظاهر ... فانه من باب ضرورة الدين جواز بيع ما يؤخذ من الكفار من الادوية
والاقمشة والذهب والفضة وغيرها مع انه من المعلومات العادية التي لا يشك في
نجاستها وكذا صحة بيع الاثواب المتنجسة وكذا الظروف واللوازم وغيرها من المتنجسات بين المسلمين
واما الثاني فلان لفظ النجس فيه مشترك بين المعنى المصدري والوصفي الذي هو اعم من
تحقيقا كما سبق وان منعه بعض وخصصه بالنجس الذاتي فيكون مجملا لعدم القرينة فيوخذ
بالقدر المتيقن وهو ما كان نجاسته ذاتية مضافا الى ضعفه كما قيل فيحتاج الى الجابر في الدلالة
كما في السند فتم واما الثالث ففساده في غاية الوضوح لان المنقح اما عقل او شرع وعلى الاول
اما قطعي او ظني اما العقل القطعي فاثباته دونه خرط القتاد واما الظني فلا دليل على حجيته على
فرض تسليمه واما الشرع فعدمه بين كما لا يخفى لكن خرج منها المائع المتنجس واجماع الغنية بل
الاجماع محققا ومنقولا على ما في المبسوط حيث نسب عدم جواز التكسب بها الى الاصحاب من
اجل عدم قبولها للتطهير ونقل عن المحقق الثاني تارة جواز بيعها ان كانت منافعها الغالبة محللة
دون غيره واخرى جواز بيعها فيما لا يتوقف الانتفاع به على طهارتها ومنه كالمائعات المقصود منها
الصبغ بخلاف المقصود منها الاكل والشرب ونحوهما وثالثة الجواز ان قصد مزجه بالماء المطلق
الى ان يصير ماء لطهارة المضاف باستهلاكه في الكثير المطلق ففي المسئلة اقوال كثيرة وكلمات
مضطربة ولكن الحق حرمة التكسب بها للاجماع المتقدم نقله عنه ولولاه لكان المنقول عن
الكركي ره وجيها في غاية الوجاهة ويجب الاقتصار على المائع بالذات لان القدر المتيقن
من معقد الاجماع هو هذا فيكون الاصل المتقدم سليما عن المعارض فلا كان ما يباع بالعوض
كالفضة والذهب او مشكوكا كالسمن يجوز بيعه ومما ضعفنا ظهر وهن المحكي عن الشيخ في
مبسوط من ان النجس بالمجاورة لا يخرج عن احد امرين اما ان يكون النجاسة التي جاورته تخفيفه

على النهي ضرورة ان الظ سببك مثل هذه الاوامر والنواهي التعليمية وكذا كلام الفقهاء فيهما اذا كان يجب
كل مثل قولهم يجب في صلوة الطهارة والتكبيرة والنية والقرائة ولا يجوز فيها التطبيق والتكفير
في الصوم النية ولا يجوز فيه الارتماس ويجب في المبيع كونه معلوما والتسليم وكونه مما ينتفع به غالبا
ولا يجوز بيع الصوم الا اذا كان كذا وهكذا فان ظاهرها فيه ايضا الشرطية والجزئية والمانعية
لكونهم في مقام التعليم والحاصل انه لا يخفى على من لاحظ سياقها الوجوب الشرطي لا الشرعي وليس
للخصم الا الاصل والاطلاقات وظهور الاجماع الذي ادعاه المقدس ره وكونها كتمانا للعيب وهو
النجاسة وغايته التحريم لا الفساد كما في سائر المواضع ثم للمشتري الخيار بعد علمه بها وانه هو من
البطلان والكل منظور فيه فروع الاول الاعلام على ما اخترناه ليس شرطا اصلا كالقصد الا
ستصباح بل يجوز بيع الدهن المتنجس ما لم يقصد به المنفعة المحرمة وكان مما ينتفع به غالبا
ولو في غير جهة الاستصباح وان كان الاستصباح به متعذرا بالخارج وعلى ما اخترناه الجماعة
من كونه واجبا شرعيا اثم البايع بتركه ولكن البيع صحيح الا ان للمشتري الخيار كما تقدم وعلى ما
حققناه من انه بناء على الوجوب فهو واجب شرطي لا شرعي فصار من الشرائط الواقعية بمعنى انه
لا يبيع الا بالاعلام كما انه لا بيع الا في الموزون الا بالوزن وفي الابق الا بالضميمة او الشرائط
العلمية بمعنى انه يبطل البيع مع ترك الاعلام لو كان البايع عالما بالنجاسة واما لو كان جاهلا
فيصح البيع الا ان للمشتري الخيار بعد الكشف وجهان اوجههما الاول وذلك لان مقتضى الا
بناء على حمله على الارشاد التعليمي والوجوب الشرطي هو الشرطية الواقعية كما هو المبنا ومنه و هو
لا ينافي حمله على الارشاد مع الطلب لانه مما يتعلق بشيء هو شرط واقعا كقوله تعالى اذا قمتم الى الصلوة
فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى المرافق ضرورة ان الوضوء من الشرائط الواقعية بمعنى ان من اخل به
واتى به لكونه مما يرتبط بالمشروط في الواقع ومثل هذه الاوامر في عرفنا كثير الوقوع شايع الدوران
مثل ان يقع في مقام الارشاد يجب لك من المرض مشروط بشرب السكنجبين فاشربه وجوبا

العلم الك مشروط بالسعي فاسع وعطاء الحور والقصور مشروط بالعبادة لله فاعبده وهكذا وبالجملة
فالاوامر التعليمية ظاهرة في الطلب الارشادي المطلوب فيه بالمطلوب في الواقع وبهذا ظهر وهن ما
قيل من ان كلما ثبت مدخليته بالاوامر فهو شرط علمي لانه تكليفي ولا يتعلق بالمكلف في غير حال العلم
وما قيل من ان الاصل فيما ثبت شرطيته كونه شرطا واقعيا للشك في ترتب الاثر بدونه ولكنه مما
ذكرناه فانما هو بحسب طريقة القاعدة والاخرى بما يكون شرطا علميا لاجل الدليل من الخارج فنص الشارع
الاعلام بناء على شرطيته فانما هو شرط من لا البيع فلا يكفي اعلام الفضولي واما كفاية اعلام الوكيل
والولي اذا كان وكيلا في القبض ايضا فلكونهما ذا اليد ولا بد من تقدمه على البيع او لحوق الشرط
فلو باعه ثم اعلم فبطل كما ان الاعلام بعد الاجازة في الفضولي لا يتم بناء على كونها ناقلة فلا ضرورة
انه ح بعد البيع لكونها جزء السبب كالقبول واما بناء على كونها كاشفة فلا مشكل من اجل ان الا
علام لو حصل قبل الاجازة فانما هو في صلاة الغير فهو ايضا نظرا جبا والاجنبي بنجاسته ملاك الكبير
الاخر اقول والتحقيق عدم الاشكال من هذه الجهة لكونه ذا يد قبل الاجازة وان لم يكن
ما لكا بناء على الكشف وقوله ممنوع كما سبق وانما الاشكال من اجل تاخر الشرط عن المشروط
ومقتضى الادلة الشرطية كما مر تقدمه فالابطال لو قلنا به من هذه الجهة الثالث هل يجب الا
علام الغير بالنجاسة الموضوعية ولو لم يكن بيع اصلا ام لا فنقول لا شبهة في وجوبه وكونه تركه
حراما في موضع التغرير والتدليس مثل ان يطعم اضيافه ما ينجس وهو المستظهر من الاخبار الاخبار
كما في حديث الرجل يصلي في ثوب اعاره وانما فيما اذا لم يكن تغريرا وتدليسا كما اذا كان في يد الغير ما
يعلم انه نجس او حرام وهو لا يعلم او معتقد طهارته وحليته من باب شبهة الموضوع لا الحكم ففيه
اشكال والاقوى وجوب الاعلام سواء كان في الاحكام او الموضوعات وسواء كان في حقوق
الله تعالى او حقوق الناس وسواء كان مما يحفظ به المقاصد الخمسة او لا لعموم اية النفر من
باب التعليل واية ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ويامرون بالمعروف وينهون عن المنكر ولا

ولا شبهة ان الاعلام في الموضوعات من الخيرات وان لم يكن امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر من اجل
عدم شرط التكليف في الجاهل فظهر وهن التفصيل المحكي عن الشيخ الفقيه ره من التفصيل بين حقوق
الناس وحقوق الله بالوجوب في الاول لان حفظ النفوس والاموال والانساب من المقاصد دون
الثاني للاصل وللاخبار وفيه ان الاصل مقطوع بما ذكر من الادلة وليس شيء في الباب بين الاخبار
اخبار اقول وفي دلالة الايتين على وجوب الاعلام مطلقا نظر لانه المتبادر منهما والمتيقن
الاعلام في الاحكام الشرعية ولكن لا مطلقا بل اذا سئل الجاهلون ويدل عليه قوله تعالى فسئلوا اهل الذكر ان
كنتم لا تعلمون فعلينا ان نجيب مضافا الى السيرة القطعية المستمرة على عدم التزام الفقهاء والعلماء
بتعليمهم المتدينين من قبل انفسهم قبل ان يسئلوا مع انهم ابناء الدواهل والايتام وامناء شرع سيد
خير الانام وانظار الشريعة والاسلام فالاصل في الموضوعات الصرفة سليم عن المعارض على ان
السيرة القاطعة قائمة على عدم وجوب الاعلام ايضا فيها والشيخ الاستاد من الوجوب حكم في الاحكام
والموضوعات في غاية الوهن وقد اوردت على جنابه في الدرس بعبارة طويلة مع انكم كلكم مخالفون
للشريعة بناء على هذه الطريقة لانه يجب عليكم ان تمحون الامنازل الجهال بالاحكام والموضوعات
وتعلموهم اياها الان مقدمة الواجب المطلق واجبة مضافا الى لزوم امتثال التكليف مع القدرة
و لو لم نقل بوجوب المقدمة فاجاب دام ظله بما لا يسمن ولا يغني من جوع وحاصله الالتزام
ولكن الزمان من اجل الاشتغال بالاهم وهو اقامة علم الدين وفيه ما فيه مسئلة
ويحرم التكسب بالعصير العنبي اذا غلا اما بناء على نجاسته كما هو الاقوى للخبر المتقن فيه الخمر عموما
وللرواية المتضمنة لاطلاق الخمر عليه المنجبر سندا او دلالة بعمل المشهور فان القول بطهارته
من بعض كصاحب الرياض حيث حكم بطهارته بعد الغليان لو لم يكن مسكرا وجمع اخر ضعيف
سند مما يعتمد عليه في حد ذاته كما لا يخفى على الخبير البصير وللاجماع المنقول في الغنية فظهر لما
تقدم من الادلة حرمة التكسب بالاعيان النجسة من خبر التحف وغيره مضافا الى الاجماع المسالك في

المسالك في المايعات وهذا مبني على قبوله للتطهير بالنقص لا يفيد كقبول الخمر له بالانقلاب ضرورة
عدم الفرق بينهما فانه بالنقص يخرج عن كونه عصيرا او يصير دبسا وكونه بمجرد تغير الاسم ثم فان هذه
الحقيقة غير هذه الحقيقة بحسب العرف والعادة وهو المناط في تبدل الاحكام وتغايرها
لا المغايرة الحقيقية العقلية فانما غير معقول لضرورة بقاء المادة وانما المتبدل هو الصورة النوعية
ومن اجل هذا حكم بعض الفحول بنجاسة الطين السحال البالي الكلب من اجل ان النجاسة عارضة او من اثر
الغواصين وهي ثابتة محققة بعد التبدل والاستحالة لزوالها بناء على طهارته كما عليه الجماعة
فللاخبار المستفيضة المصرحة بعدم جواز بيعها التي هي في غاية الاعتبار من اجل بعض رواتها
كما لا يخفى على الناظر اليها المتبع في الرجال وجواز الانتفاع به بجعله دبسا لا يصحح التكسب به كما
في الخمر حيث يصح الانتفاع بها بجعلها خلا مع انه يحرم التكسب بها كما تقدم لعدم الملازمة عقلا
وشرعا وعموم الادلة خرج ما خرج وبقي الباقي كما ان قبوله للتطهير بالنقص كذلك وعمومات ادلة
التكسب جنسيته ونوعيته وشخصيته منقطعة بما ذكرنا من الادلة فظهر مما حققنا ان الخمر
حرامها ومما بيناه يتبين ايضا انه يصح ملكيته ايضا بالغليان كان الخمر ملكيته الخل بصيرورته
خوافات النجاسة الذاتية كما تمنع من الملكية الابتدائية تمنع من الملكية الاستدامية ايضا
لعموم الادلة المتقدمة ودعوى انصرافها الى الموضوعات التي هي نجسة بحسب الخلقة وعدم شمولها
لما اذا كانت نجاسته عارضية ببيت لا فائدة فيه واهية ثم ان هل يضمن التالف بتلفه
بعد الغليان وجهان من عدم الملكية فلا يضمن ومن منع كون الضمان فرع الملكية بل يكفي
فيه حق الاختصاص فيضمن ولذا حكم بعض بالضمان في الخمر المتخذ للتخليل اذا اتلفه متلف اوجهها
الاول للاصل بل الاصول وعدم شمول الضمان له مسئلة ويحرم التكسب بالميتة والكلام فيها
من جهات الاولى في موضوعها المستنبط فنقول ميت كبيت وميت كسيد وميتة كطير وميتة
كطينة كلها من الموت وهو على ما يستفاد من الصحاح والقاموس والمجمع مجمع البحرين ضد الحيوة

بزمان الانسان يموت ويمات ويميت موتا فالميتة الذي روحه سواء كان نجس العين او طاهر العين ويظهر من صاحب القاموس في اخر كلامه ان له معنى اخر اصل اللغة فيكون حقيقة وهو زهوق روحه بغير التذكية الشرعية الشاملة لجميع انواعها من الذبح والنحر وغيرهما فعلى هذا تكون مشتركة بين الاعم والاخص وعلى المعنى الثاني فلا تكون في الايات والاخبار ولا يبعد ان تكون هي حقيقة شرعية في الثاني في حرمة جميع الانتفاعات بها انواعها واجزائها وهي مدلول الايات والاخبار المستفيضة في الصحيح الميتة ينتفع بها بشيء فقال لا وفي الخبر ما ظنه متهما منه لا ينتفع بها اخرى لا ينتفع من الميتة باهاب ولا عصب الى غير ذلك من الاخبار وخصوصية بعضها غير قادحة في المدعى لعدم القول بالفصل في الجهة المشتملة عليها هذا مضافا الى ما تقدم من خبر تحف العقول والحكم يعم ميتة نجس العين كالكلب وطاهرها كالغنم وما له نفس سائلة او لا يكون له نفس سائلة كالديدان واكثر الحشرات لاطلاق النص والفتوى فيظهر وهن المحكي عن الشيخ من تخصيص الحرمة بما يكون مشروطا بالطهارة كالاكل والشرب والصلوة كوهن ما اختاره شيخنا الفقيه في شرح القواعد من حرمة ما يعد استعمالا مطلقا فلا يضر الانتفاع بها بالبيس عرفا لعدم الدليل عليها بل الدليل على خلافها كما عرفت وتخصيص الحكم بذي النفس للشاذ كما يظهر من الرياض في كتاب الصلوة فيه مع عينا بان اطلاق النصوص والفتاوى ينصرف الى لكون ميتة غير ذي النفس من الافراد النادرة لا يتم من شيء فانه الثالث فانما الاشكال ابتداء بنفع ملكها لو كان ملكا حيا وهو مدلول عليه بجملة ما تقدم مضافا الى لزوم اللغوية في جعل الملكية التي هي من احد الاحكام الوضعية ضرورة عدم جواز الانتفاع به بشيء من انواع الانتفاعات المايعة في نجاستها ادلتها لخبثه ان كانت مما له نفس سائلة وحيا كان او للاجماعات المستفيضة المحكية عن ف والغنية وكره والشهيدين وابي المكارم وابن زهرة والاخبار المتواترة في مواضع متفرقة وبالجملة الحكم مما لا ريب فيه ولا شبهة تغشيه وانما

حصصنا

خصصنا الحكم بميتة ذي النفس مع ان بعض الاخبار مطلق جمعا بين الادلة فانه في المجوز لغسله الماء الا اذا كانت له نفس سائلة وفي الموثق في الخنفساء والذباب والجراد والنملة وما اشبه ذلك يموت في البئر والزيت والسمن وشبهه فقال كل ما ليس له دم فلا بأس مضافا الى الاجماع المحكي عن المعتبر والمنتهى صريحا والاستبعاد في الحكم بنجاسة الادمي الميت ولو كان كونه نجس العين كما وقع من بعض الاجلة من اجل انه لو كان كذلك فلا يطهر بالغسل كما ترى فان الطهارة والنجاسة من الامور التعبدية لا مسرح للعقول والاعتبارات فيها بل لا شبهة فيعد حكم الشارع بصيرورته طاهرا بالغسل كالكافر بالاسلام يجب قبوله وخلافه بالاعتبار في مقابلة النص مضافا الى النصوص الدالة على نجاسته لخصوصها وتاويلها باب الامر بغسل ما اصابه جسد الميت من باب رطوبة او قذارة تعويل الى خلاف الظاهر وكما ترى الخامسة في حرمة التكسب بها والحق انها محققة للروايات المعتبرة في بعضها كالتصريح بعدم جواز بيعها هذا مضافا الى ما تقدم من خبر التحف وغيره فلا اشكال في المسئلة ولا فرق بين انواعها واصنافها واجزائها من جلد وغيره لعموم الادلة فيشكل العض في بعض في غير محله وما ورد من الاخبار الموهمة للخلاف شاذ نادر لا يلتفت اليه محمول على التقية مع ان الدلالة فيها ممنوعة ايضا ثم يستثنى ما لا تحله الحياة مثل العظم والقرن والصوف والشعر والوبر والريش والسن والبيض والانفحة وفي موضوعها اختلاف بين اللغويين الثاني لو اختلط المذكى بالميتة فهل يجوز بيعهما او اختلفوا فيه والحق جواز بيع كل واحد منهما منفردا والمجموع على من يستحل الميتة وفاقا للشيخ والعلامة وصاحب الوسيلة والجامع والمحقق الثاني والفاضل الكاشاني وصاحب الوسائل وبعض اخر وخلافا لجماعة حيث لا يجوزونه وهو مختار ابن ادريس من القدماء وما لعافيه بحر العلوم ره في المصابيح وحكم الشهيد في الدروس بالاحتياط بالناركما ورد في بعض الاخبار وقال العلامة في رد ابن ادريس انه ليس بيعا

وانما هو في صورة بيع للاستنقاذ من مال من يحل ماله وحكم المحقق ره بالجواز مع قصد بيع الولي وتبعه الم في بعض كتبه ويظهر من الشهيد في الروضة التوقف لنا عليه الروايات العشرة اصحها صحيحة الحلبي لا نما ناصة بجواز بيعها على من يستحل الميتة وليس شهرة على خلافها واعراض الجماعة ليس مخالفة لاصول المذهب والقواعد فطرحها واهية لكونها قابلة للاخبار والانحرام كما في مواضع كثيرة منها الحلال المختلط بالحرام فانه قد ورد صحيحا حليته باخراج الخمس وعمل بها المشهور وكما انه مع صغره لاعتباره بالشهرة بخصص القواعد الثابتة بحكم العقل والنقل من حرمة اكل المال بالباطل والتصرف في مال الغير بدون اذنه فكذا فيما نحن فيه بل هو اولى لكون رواياتنا هنا في حد ذاتها صحيحة كما مر اليه الاشارة ومنها جوائز السلطان مع العلم بان في يده حراما وحلالا بل ومع احتمال ان يكون في يده حلال فانه يجوز اخذها نصا واجماعا مع ان مقتضى القاعدة الاحتراز والاجتناب ومنها جواز البيع من السارق والعامل مع العلم بان في ايديهما الحرام بالنص والاجماع ومنها عدم لزوم الاجتناب عن الشبهة الغير المحصورة مع العلم بان فيها الحرام الى غير ذلك مما لا يخفى لجيد والحاصل انه على هذا الوجه متمسك الخصم من العمومات الدالة على عدم جواز الميتة والاخبار الناصة على ان ثمن الميتة سحت ومحل الكلام هو الميتة الواقعية لان الالفاظ موضوعة على التحقيق للمعاني النفس الامرية لا المعلومة التفصيلية كما عرفت وجهه مما ذكرناه

بيع

مسئلة ومن الاعيان التي يحرم التكسب بها الدم وتحقيق الكلام فيه يتوقف على بيان موضوعه باقسامه فنقول منها الدم المسفوح من ذي النفس السائلة والمراد من المسفوح هو الخارج بقوة نوعه وان كان خروجه بالرشح شخصا كما في دماء الجروح والقروح والدماء من ذي نفس السائلة وليس الانصباب الفعلي ماخوذا فيه كما توهمه بعض والمراد بالنفس في هذه العبارة الدم ومن السائلة الخارجة بقوة وهي لا الخارج بنحو يستقيم الا فيما كان له عروق ولو راجع كالبعير والغنم والبقر ونحوها ولا اشكال في نجاسته وحرمته

ويدل

وحرمته ويدل على الاول الاجماع محققا ومنقولا مستفيضا والاخبار المستفيضة المتضافرة وعلى الثاني الكتاب خصوصا بقوله تعالى وحرم عليكم الخبائث وحرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الاية وعليه الاجماع ايضا بقسميه بلا فرق في ذلك ولا فرق فيما ذكرنا بين ماكول اللحم وكذا لا فرق في غير ماكول اللحم بين ان يقبل التذكية كالسباع او لا يقبل وكذا لا فرق بين ان يكون خارجا بالذبح او غيره ومنه الدماء الثلثة الدم في البيضة فانه عند النطفة والعلقة بلا شبهة مضافا الى الاجماع على نجاسة دم البيضة بخصوصه من الشيخ في الخلاف ومنها الدم المتخلف في الذبيحة التي كانت ماكول اللحم بعد اولنا الدم المتعارف بحسب نفسه وفي ذاته لا المتخلف مما لا ينجذب بواسطة النفس والمراد بالذبيحة في عبارات الفقهاء ذي المذكاة بحسب الشرع سواء كانت تذكيته بالذبح كالغنم او بالنحر كالابل او بالرمي كالصاد بالسهم ونحوه على القول بالكفاية بعدم الحاجة الى الذبح ومورده عندهم ورود نص مشتمل على هذه اللفظة حتى يحمل عليه ويقتصر في الحكم الا في ذلك والدليل المتضمن فالموضوع اعم وهو طاهر وحلال تبعا للحم للاجماع عليه محققا ومنقولا والسيرة القطعية في الاعصار والعسر والحرج ولم نجد بعد التتبع التام في المسئلة نصا يدل على هذا الحكم فيقتصر على مورد الادلة المذكورة فلو جمع الدم المتخلف في ظرف ونحوها حرم شربه وان كان باقيا على طهارته لان لعد والمتيقن الثابت من حيث حليته انما هو تبعا للحم لا منفردا او بالجملة الحلال هو الدم المثبت في اللحم تبعا لا المجتمع سواء كان اجتماعه بحسب اصله كما في جوف القلب فانه ربما يكون قطعات من الدم مجتمعة او بالعرض كان يجمع احد الدم المثبت فانه حرام لعموم الادلة المتقدمة واما الدم المتخلف في الذبيحة الغير الماكول اللحم كالسباع التي تذكى لاجل الانتفاع بجلودها كما ورد في الاخبار فنجس وحرام للادلة المتقدمة الدالة على ان مطلق الدم نجس وليس اجماع ولا سيرة ولا عسر ولا حرج ومثل الدم المتخلف في الذبيحة ذي النفس السائلة من الحيوان

مثل النمل والبرغوث والبق ونحوها لا اشكال في طهارتها وعليه الاجماع محققا ونقلا ويدل
عليه صحيح الاخبار ايضا ولكنه حاكم على الادلة المتقدمة ومما حققنا ظهر ان الاصل في الدم
النجاسة والحرمة سواء كان من ذي النفس او غيره حتى الدم النازل من السماء كما ورد في قضية
بني اسرائيل وقتل الحسين عم والخارج من الارض كما ورد في قتل الحسين عم من ان كل حجر ومدر
يرفع من بيت المقدس تحته الدم ودعوى ان الاستعمال في الاطلاقات يلازم ذي النفس كما
في الرياض ومطلق الحيوان لاجل كون غيره من الافراد النادرة غير مرضية لاتمامها نادرة وجودا
لا استعمالية كما لا يخفى على من لاحظ ورجع الى وجدانه ويشهد به حكمهم بنجاسة دم ذي النفس
المتولد من حيوانين كالمتولد من الكلب والضب لعنه الذي لا يصدق عليه مثله لا اسما من باب
مفهوم الوصف او الحصر والاول ليس بحجة وبين الثاني والمطلقات عموم من وجه ومادة
الافتراق من طرف المطلقات الدم المسفوح ومادة الافتراق من طرف الحصر ونحوه مادة الاجتماع
الدم الغير المسفوح فيرجع الى المرجحات وهي مع القول بالنجاسة اقول هذا الكلام مبني على
كون مفهوم كل واحد من القضيتين والا فالدم المسفوح في مفهوم الحصر وهو في البطلان بمكان
وقد اورد على الشيخ الاستاد بعد الدرس فاجاب بجواب اخص ان المطلق متعلق النهي كما
وقد حققنا في الاصول انه النواهي لا يحمل المطلق على المقيد لانتفاء مناط الذي عمدته وحدة
التكليف ضرورة ان النواهي بكاليف متعددة وان اشتبه الامر فيه على بعض الاجلة كالشهيد في
كتبه ولكن ثمرة هذا الاصل في الشبهة الحكمية بمعنى انا لو شككنا في نوع من الدم او صنف انه
طاهر بحسب جعل الشارع او نجس فنحكم بالنجاسة بحكم الادلة الا حينئذ واما الشبهة الموضوعية بانا
لا ندري ان هذا الدم مسفوح او متخلف مثلا فنحكم بالطهارة للتنويع وتساوي الدليلين
بالنسبة اليه فيرجع الى اصالة الطهارة الثابتة في كل شيء اذا عرفت هذا فنقول اما الدم النجس
فيحرم التكسب به لجميع ما تقدم في حرمة التكسب بالاعيان النجسة بوسم القاعدة الكلية ولو
يجوز

ولا يجوز الانتفاع به اصلا سوى في الزرع والكرم واصول الاشجار للاجماع المنقول عن الشيخ
في بعض كتبه ولعله المبسوط قال فيه ويجوز الانتفاع بالسرجين النجس والعذرة وخرء الكلب
والدم بلا خلاف بتخصيص عمومات الادلة المتقدمة الدالة على عدم جواز الانتفاع بالعين
النجسة بوجه من الوجوه فلا يجوز الصبغ به لعدم الدليل على الخروج عن تحتها ولكن لو
صبغ به عصيانا فابطال الصفقة ويصح لاخذ الثمن في مقابلها لانه لون طاهر بناء على التحقيق من
انه لا يحرم باللون كما حكموا به في الاستنجاء والاشكال من اجل انه لا يجوز انتقال العرض من
الموضوع فيعلم ان مع اللون اجزاء صغارا من العين النجس لا نشاهد بالحس كما عن العلامة
في بعض كتبه لا ينافي مع ما ذكرنا بل ينفعنا لان التحقيق في المسألة الكلامية هو ما ادعاه
ولكن اللون الحاصل فيه ليس من العين النجس وانما افيض عليه من مبدأ الفياض بالمجاورة
واما الطاهر الدم المتخلف في الذبيحة المتبقي في لحمها فيجوز التكسب بها تبعا بان لا
يكون مقصودا بالبيع بخصوصه وان كان موجبا للزيادة دون المكتسب به واما التكسب بها
اصالة فان باختلاف وجمعه في محل وبيعه ففيه وجهان اوجههما عدم الجواز لرواية التحف
والرضوي وقد مضتا مسألة ومما يحرم التكسب به البول والغائط مما لا يؤكل لحمه من
ذي النفس وههنا الفاظ ينبغي التنبيه عليها حتى يفهم الاخبار المشتملة عليها منها لفظ
الروث وهو الرجيع من ذات الحافر كالبغل والفرس ونحوهما على ما صرح به بعض
اللغويين فما في بعض العبارات من اطلاقه على الاعم بعنوان الجميع كما في الشرائع من تغليب
ومنها لفظ الرجيع وهو اعم منه يطلق عليه وعلى غيره مما لا يؤكل من ذات الحافر ومثله
الخرء ومنها لفظ العذرة وهي خاصة لفضلة الانسان فحملها على الاعم كما وقع عن
بعض الفضلاء غفلة ومنها لفظ الذرق وهو مخصوص بالطير اذا عرفت ذلك فالكلام
يقع في مقامات الاول في نجاستها فانهم اختلفوا فيها على اقوال النجاسة مطلقا وهو مذهب

مشهور الاصحاب وعدمها في ذرق الطيور والغير الماكول وهو مختار المقنعه والعماني والمحقق المفضل
بين بول الرضيع قبل الاكل و بعده بالطهارة في الاول والنجاسة في الثاني كما في غيره مطلقا وهو
الاسكافي وبين بول الحيوان وغيره بالنجاسة في الاول وعدمها في الثاني وهو المبسوط والاقوى في
هو القول الاول لنا عليه وجوه منها الاجماع تحقيقا ونقلا مستفيضا كما عن المعتبر والمنتهى والغنية
ومنها الاخبار المتفرقة الآتية الواردة في مواضع مخصوصة الحاكمة بغسل الثوب والجسد و
اعادة الصلوة من البول والعذرة فانها وان لم يدل كل واحد منها بخصوصه على النجاسة لعدم
الملازمة بين وجوب الغسل واعادة الصلوة والنجاسة لجواز ان يكون الحكم تعبدا محضا
من الشارع ولكن يحصل القطع من مجموعها بدلالة الاشارة فتدبر ومن هنا ظهر الوجه في عدم
تملكها وفي حرمة البيع وغيره من المعقود عليها والاقوى تحريم الكسب بها لما مر من حديث
التحف وغيره بل لا يجوز الانتفاع بها مطلقا سوى العذرة والسرجين النجس وخرء الكلاب فانه
لا يجوز التسميد بها في الزروع والكروم واصول الشجر اجماعا فهو المخصص للادلة الدالة على
المنع مسئلة **مسئلة** هل يحرم التكسب بالابوال والارواث مما يؤكل لحمه كالبغال والحمير و
ام لا تحقيق الكلام يتوقف على رسم مواضع الاول نجاستها وطهارتها والاقوى فيها طهارتها
وفاقا للمشهور وخلافا للثلثة لنا مضافا الى الاصل الاخبار فما يستظهر منه النجاسة محمول على
الكراهة او التقية والعسر والحرج فانها اعني جعل الشارع فيها النجاسة كما في الحديث و السيرة
القطعية الكاشفة بلا شك الثاني في حرمة استعمالها مطلقا اكلا وشربا وطلاية
وغيرها وعدمها مطلقا او التفصيل بين الاكل والشرب وغيرهما بالحرمة فيهما وعدمها
في غيرهما او التفصيل بين بول الابل وغيره بالجواز في الاول وعدمه في الثاني اقوال الاقرب
الثاني لنا مضافا الى اصالة الاباحة الاخبار المنفي فيها البأس فانه لا بأس نكرة في سياق النفي
تدل على العموم فيجوز كل الاستعمالات حتى الاكل والشرب والاجماع المنقول عن السيد

في

في الانتصار وخلافا للجماعة كالعلامة في بعض كتبه والشهيدين وبحر العلوم في المصابيح
وكاشف الغطاء وصاحب الرياض حيث اختاروا الحرمة بل نسبه في المصابيح الى المشهور و
هو كما ترى فانه يحصر هؤلاء الجماعة كيف يمكن ان يدعى الشهرة مع دعوى السيد الاجماع
واستدل لا بوجوه منها قوله تعالى ويحرم عليكم الخبائث فان الخبيث مقابل الطيب وهو يطلق
على معان منها الحلال ومنها الطاهر ومنها ما لا اذى فيه دنيا واخرة ومنها ما لا ينفر الطبع
عنه الطباع وقد عرفت وقع في الاية فساد حيث ان في صدده يسئلونك ماذا احل لهم
قل احل لكم الطيبات فالاوصف بقرينة المقابلة عدم ان يراد من الطيب وهو لا يصلح الا المعنى
الاخير كما لا يخفى وليس المراد ما ينفر عنه كل الطباع فانه ما من شيء الا وينفر عنه بعض
الطباع بل طباع الاواسط فالمراد بالخبيث ما ينفر عنه طباع الاواسط ولا شبهة في
ان المتنازع فيه ينفر طباع الاواسط لم تقل بالكل فيكون حراما بحكم الاية الشريفة وقد
بالغ في الايراد عليه المجلسي في البحار وحاصل منع ما ذكره انه لا حزازة في حمله على الحلال بمعنى انه
لا ضير في حمله على الحلال بمعنى انه احل لكم الحلال الواقعي ولكنتم ظالمين بخلاف اليهود فانه بظلم
منهم حرم الله عليهم ما كان حلالا وكان المقصود منه الحصر وكذا في حمله على الطاهر او ما
لا اذى فيه فتدبر فيه وصرح كاشف الغطاء في شرح القواعد انه لو مزج البول مما يؤكل لحمه بغيره بحيث
استهلك يرتفع التحريم لكون علته الاستخباث وهو يرتفع حتى بالاستهلاك وارتفاع
العنوان فلا بأس بمزجه بالالبان والمياه الطاهرة وغيرها وشربها وفيه ان الحكم
على فرض التسليم عارض لحقيقتها وجوهرها ولا يفرق فيه بين الامرين الانفراد والمزج كما في
الخمر فانه لو مزجت بغيرها من المائعات كالخل بحيث استهلكت وارتفع عنوان الخمرية
لحرام قطعا وبالجملة الاستهلاك انما يثمر فيما اذا كان للصورة النوعية مدخلية في
الحكم بحيث لو انتفى انتفى العنوان كما في الورد فان عدم جواز التطهير به بدون الاضافة

فلو مزج بالماء المطلق حتى يستهلك يجوز التطهير به كما افتى به الفقهاء بخلاف ما اذا لم يكن لها
مدخلية بل الحكم يتعلق بجوهر الاجزاء كما في الدبس المغصوب فانه يحرم ولو امتزج بما يستهلكه كالماء
والتخاع فانه يحرم ايضا ولو اختلط بما يرتفع اسمه وقياسه على الكلب المستحال بالملح باطل و مع
الفارق لتبدل الاجزاء واستحالتها ايضا كما لا يخفى الثالث من المواضع في انها تقبل الملك لعموم
النماء لو كانت نماء كالالبان والاصواف والاوبار والبيض ما اخذت لو لم تكن نماء وعموم
الانفاق من الاقوال الواهية كان الاستدلال على عدم الملكية من اجل عدم تحقق الضمان و
الغصبية ونحوها من لوازم الملك فيها كما عن جماعة من اساطين الاصحاب مثل بحر العلوم في المصابيح
والشيخ الفقيه في شرح القواعد منه وذلك للمنع في الجميع فانه يحكم بضمان المثل فيما لو كان
مثليا وفي حالة كان له قيمة يبذل بازائها الثمن يقضي بضمان القيمة ولو لم يكن مثليا واما
فيما لو لم يكن مثليا ولم يبذل بازائه قيمة فعدم الضمان ليس من اجل عدم الملكية بل من جهة عدم
تأتي دليل الضمان في حبة من الحنطة وقطرة من الدكوبس فانهما مملوكان مع عدم الضمان فيهما
وكذا الحكم بالغصب فانه لم يثبت فيه حقيقة شرعية بل هو اثبات اليد على حق الغير عدوانا وظلما
ولا شبهة في تحققه هنالك بل هو متحقق ولو لم نقل بالملكية لا نه يأتي في حق الاختصاص ايضا
لعموم ادلته وحق الاختصاص فيما نحن فيه ثابت ولو لم نقل بالملكية لا نهما ليست ادون من الاعيان
النجسة هذا كله في الابوال اما الارواث فالظاهر عدم الخلاف في ملكيتها وبالجملة نفي
الملكية استنادا الى هذه الامور بين اذا عرفت هذا فنقول يجوز التكسب بها وفاقا للجماعة
من القدماء والمتاخرين منهم السيد الاصفهاني والعلامة في التحرير والارشاد والشهيد الثاني في
المسالك والروضة وغيرها هم لعموم الادلة حينئذ وعمومه وخصوصه مضافا الى نقل الاجماع
عليه عن السيد ره كما في المنتهى وبالجملة هذا مما لا شبهة فيه ولا شك يعتريه وخلافا للثلثة
منهم الشيخان وسلار في المراسم وبحر العلوم والفقيه في شرح القواعد حيث حكموا بعدم جواز

التكسب

التكسب بها مطلقا وجواز الاول للاخبار الدالة على حرمة ثمن المحرم وقد ثبتت حرمة الابوال علم
الاية الشريفة وغيرها الثاني قوله لا بيع الا في ملك وهذه ليست بمملوكة لعدم الضمان و
الغصب وغيرهما من لوازم الملك الثالث عدم كونها متمولة وان كسرت فلا يبذل بازائها
الثمن كحبة من حنطة وقطرة من الدبس الرابع كونها مما لا ينتفع بها الا نادرا كالخنافس و
الديدان والحشرات فلا يجوز التكسب بها والجواب عن الثلثة الاول قد ظهر مما مر واما الجواب
عن الرابع فبالمنع والاختلاف بحسب الاحوال لا يضر هذا كله في غير بول الابل واما بول
الابل فيظهر بعد التتبع في كلمات الفقهاء فيه اقوال منها جواز التكسب والانتفاع بها مطلقا
وهو الاظهر وفاقا للجماعة ومنها عدم جواز التكسب والانتفاع بها مطلقا الا عند الحاجة فانه
يجوز التكسب به كالانتفاع الى غير ذلك من الاقوال لنا جميع المراتب المتقدمة من الطهارة
وقبول الملكية وغيرها مما تقدم من الادلة مضافا الى الاخبار الخاصة الواردة فيها بخصوصها
الدالة على جواز الانتفاع بها مطلقا كالالبان بل صريح بعض الاخبار ترجيحها على الالبان وكون
الخير فيها اكثر مما هو في الالبان كما لا يخفى فتامل **مسئلة** ومما يحرم التكسب به آلة اللهو الاكثر
مثل العود والزمير ونحوهما والات القمار مثل النرد والشطرنج والاربعة عشر وهياكل العبادة
المبتدعة مثل الصنم والصليب والكلام فيها في مواضع الاول في موضوعاتها وهي بحسب المفهوم
واضحة لا شبهة فيها وان كان لا يتشخص بعضها الا بحسب المصداق كالعود ونحوه الثاني
في حرمة الانتفاع بها كالتطبيل بالطبل مثلا وشرب الماء من القصب ونحوهما وهي الاقرب للاجماع
في كلام جماعة كالعلامة وغيره وظاهر خبر التحف حيث دل على ان فيما حرم الله
الصناعة التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضا نظير البرابط والمزامير والشطرنج الثالث
في ملكها فنقول فيه وجوه منها عدم ملك الهيئة والمادة كلتيهما الظاهر الصحيحين او غيرهما
من ان الشطرنج من الباطل والباطل لا يملك ومثله في غيره لعلم القول بالفصل والاجماع

المركب الاول وفيه تامل لانها نظر لانه يكفي في كونه باطلا عدم صحة الانتفاع بها وتضمنها وكونهما
غير محرمة من حيث انها دخلت في الضمان ونحوه كالعبد المرتد ولحديث التحف فانه صريح يدل على
نفي المالية في كل ما هو حرمته ومنها عدم ملك الهيئة للاجماع على عدم ضمانها وعدم جواز الانتفاع
بها بوجه من الوجوه كما مر آنفا فيكون ملكيته لغوا وسفاهة ووجوب اتلافها واعدامها ماحي من
حق المالك فانه ينافي الملكية ودون المادة للاستصحاب والاجماع على ضمانها وفيه نظر فانه ضرورة
ان عدم الضمان اعم من الملك فان حبة الحنطة ملك وليس في تلفها ضمان وشمله الثاني فان المال
الحلو وعليهما ملك مع انه لا يجوز الانتفاع بها نصا واجماعا والثالث لانه لا ينافي الملك ايضا
كما في العبد اذا ارتد فانه يجب قتله الاقدح على المالك واعدامه مع انه ملك بلا اشكال واما
الاستصحاب فقد انقطع بالادلة الاجتهادية فان المستفاد منها ان طريان الهيئة عليها وصيرورتها
شطرنجا مثلا صيرورة الشاة المملوكة ميتة والخل خمرا وماء العنب عصيرا فانه لا يملكها كما تدل على
خروجها عن الملكية فكذا ولهذا قد ذكرنا التقريب فيها والاجماع اعم من الملكية ايضا لجواز عود الملك
بعد الاوكسنا ودفع الصورة كما في الخمر ولو لم تتخذ للتخليل فان الاجماع قائم على انه لو تخلل عند احد
وصار في يده خلا يعود الى ملك صاحبها ويجب ردها اليه ومنها كون الهيئة والمادة كليهما ملكا
اما الاولى فمن اجل انها عارية النائبة والشبيه ولذا حكم الفقيه بضمان الهيئة اذا تلفها الغاصب
على المالك وبالجملة الهيئة ملك وان لم تكن متمولة لانه اعم من المتمول وتظهر الثمرة فيما نحن فيه فانه
بناء على ملكية الهيئة وعدم كونها مثلية ولا متمولة انما يحكم الشارع فيما نحن فيه فانه بناء على
ملكية الهيئة وعدم كونها مثلية او بحكم العرف كما في سبيكة من الذهب خلو اتلفها متلف يكون
متعديا وظالما وان لم يكن ضامنا لعدم كونها مثلية بالفرض حتى يضمن مثلها ولا قيمة حتى يضمن
قيمتها لا اقل لو كانت الهيئة ملكا فيلزمه ان يجوز ايقاع الصلح ونحوه لعموم اوفوا بالعقود والناس مسلطون
على اموالهم مع ان الظاهر بل المقطوع به من الفقهاء عدم جوازه لانه انما نزل لا ملازمة او لا ينافي

الكلية

الملكية وابتناء العقود عليها لانه تابع لشمول الادلة وهي غير شاملة لها وللحديث المشهور ليس
لشارع وانما يدل على جواز كل تصرف من الشارع وصل النبأ الا ما منع منه وهي مختصة بالادلة
من الاجماع المستفاد من كلمات الاصحاب فتم واما الثاني منه فللاستصحاب وانقطاعه بالاذكر
من الاخبار وغيره وجه لاعراض المشهور في هذه الجهة منها كما يظهر من تتبع كلماتهم في هذا الباب
فلا يصلح لان يكون الاستصحاب سليما عن المعارض وقد استدل في مفتاح الكرامة على عدم الملكية
بما لا كرامة فيه من وجوه لا فائدة في ذكرها غير الاطالة **فروع** الواجب اخراج الآلة عن صورتها
بحيث تخرج عن صدق اسم الآلة عليه وان بقيت بها فيه بمادتها وهو المراد من الكسر في كلام الاصحاب
كيف والدليل لا يقتضي ان يدل على ذلك فعلى هذا لو لم يتوقف اخراجها عن صورتها على الكسر
على عدم المادة وابلائها لا يجوز ويكون اتلافها اتلافا بالنسبة الى ما دونه للاصل وعدم الدليل
الا على ما ذكرتم لو توقف اخراجها عنها عليهما جاز كل منهما ولا ضمان باطلاق الاصحاب
الرابع في حرمة التجارة بها لنا عليه مضافا الى الاجماع في كلام المقدس وبعض اخر في الحكاية الروايات
المستفيضة من خبر التحف والرضوي والمروي في السرائر عن جامع البزنطي عن ابي بصير عن مولانا
الله ثم قال بيع الشطرنج حرام واكل ثمنه سحت واتخاذها كفر واللعب بها شرك والسلام على
اللاهي بها معصية وكبيرة موبقة هذه وان كانت خاصة بالشطرنج ولكنها تتم في غيرها بعدم
القول بالفصل واجماع المركب فتامل **فروع** لو باعها على حالها فسد بيعها في الهيئة والمادة
ولا يمكن ان يقال بالتبعيض بمعنى بطلانها في الهيئة وصحتها في المادة فيقوم حينئذ عامرة ويجب
نقطا اخرى ويؤخذ القسط كما في سائر الموارد ضرورة عدم التعدد في متعلق البيع لا حقيقة ولا
تحليلا لما تقدم من ان الهيئة ليست بقابلة لجريان العقود عليها بنفسها مضافا الى عموم ادلة المختار
فان مقتضاها عدم جواز بيع الآلة وهي مركبة من الهيئة والمادة لا الهيئة فقط ولا المادة
فبطلان بيعها يستلزم بطلان بيع اجزائها وبيعها فالتبعيض غير معقول ومثله ما لو باعها

بقصد مادتها فقط فانه حرام وباطل ايضا ضرورة عدم افتراق الهيئة والمادة بحسب الملك
بان يكون المادة ملكا لشخص والهيئة ملكا لاخر كما مر وعموم الادلة لان المبيع هو المادة
المتشخصة بالهيئة ولا شبهة في صدق الادلة عليها ثم اعلم انه قد الحق جماعة من الاصحاب الاواني
من الذهب والفضة بالآلات اللهو في حرمة التكسب بها كصاحب الرياض والشيخ الفقيه في شرحه
على القواعد وغيرهما والتحقيق فيها ايضا يستدعي رسم مواضع الاول في صناعتهما وابقائهما
واستعمالهما فنقول ان الاصحاب فيه مختلف فانه يظهر من الشيخ ره كراهة استعمالها حيث
عبر بلفظ الكراهة ونقله بعض القول بالحرمة من بعض العامة ثم ادعى على مطلبه اجماع الفرقة
فظهر من هذا وهو شاذ بل بعض الاصحاب اباها بالحرمة كما هو الشايع في الكتاب والسنة
باستقراء الموارد الواردة فيها كقوله تعالى وكان سيئه عند ربك مكروها وغيره وظهر من
جماعة اخرى من القدماء حرمة الاكل والشرب بخصوصها فيهما كصاحب المقنع والمراسم
وغيرهما وتبعهم بعض الاواخر كصاحب الرياض وظاهر المتاخرين بل بينهم حرمة استعمالها مطلقا
وهو الحق لنا عليه مضافا الى الاجماع في المنتهى والتحرير والتذكرة الاخبار منها النبوي المروي
في الخلاف الدال صريحا على حرمة آنية الذهب والفضة والتقريب فيه بان تؤكد اضافة نفس
العين بالحرمة متعذر فلا بد من حرفها الا النافع الظاهرة وهي بالنسبة الى الاواني
مختلف منها ما منفعته الظاهرة الاكل كبعض الظروف ومنها ما منفعته الظاهرة الشرب
كبعض اخر ومنها ما منفعته الظاهرة طبخ الطعام كبعض اخر ومنها ما منفعته الظاهرة جعله
خزانة والتحرز فيها البعض اخر الى غير ذلك بغناه اذن حرمة المنفعة الظاهرة من كل واحد
منها بحسبها ويتم في غير النافع الظاهرة بعدم القول بالفصل واجماع المركب فان من تعدى
الى الاكل والشرب تعدى مطلقا بل يمكن استفادة حرمة تضمنها منها ايضا بان يتعلق الحرمة
المتعلقة تصرف الى النافع الظاهرة فيما اذا كانت الاعيان من المكونات الاصلية كالوحوش

والاحراز

والاحراز في الآنية واما اذا لم تكن منفعا بل كانت من مصنوعات العباد كالاواني والآلات اللهو
فتمنع صرفها اليها بل حملت على طلب ترك ايجادها لانه المتعين ولا اصل لها كالنهي عن مادة وهيئة فا
لحمل عليه اولى واذا دل على حرمة ايجادها فيكون ابقاؤها حراما ايضا الا للملازمة بينهما العدمها
كما في عمل صور المجسمة فان ايجادها حرام ولا يجب اعدامها بل من باب عدم القول بالفصل
واجماع المركب فان من حكم بحرمة ايجادها حكم بحرمة ابقائها واستعمالها مطلقا ولو للتزيين و
ادخارها فثبت حرمة الجميع وهذا هو الظاهر منها فيحرم جميع ما ذكر من صنعها وابقائها واستعمالها
مطلقا وغير ذلك وبالجملة كونها ووجودها مبغوض الشارع هذا كله في اواني الذهب والفضة
واما المفضض من الآنية فاطباقهم واقع على الكراهة ولم ينقلوا فيه خلافا غير ما نقل عن الشيخ في
الخلاف وهو فاسد لنا مضافا الى الاصل المقرر بوجوه والاخبار المستفيضة منها الصحيح عن
الشرب في قدح فيه ضبة من فضة قال لا باس الا ان تكره فتنزعها ومنها الموثق عن الصادق
انه كره الشرب في آنية الفضة والقدح المفضض وكذا ان يدهن من مدهن مفضض والمشط كذلك و
غير ذلك من الاخبار وبما ذكرنا يتضح ما في القول المنسوب الى الشيخ على فرض صحته مع حجيته
وهل يجب عزل الفم عن الشرب عن محل الفضة قولان اشهرهما نعم خلافا للمقدس وصاحب
الوسائل وبحر العلوم في منظومته حيث حكم بالاستحباب وهو المحكي عن المحقق في المعتبر للامر
الوارد في بعض الاخبار ولا صارف له منه الا الاصل واطلاق الصحيح وعموم الناشئ عن ترك
الاستفصال والكل مغلوب بالامر اما الاول فظاهر واما الثاني فلظهور العرف في التقييد والتخصيص
واذا امكن الجمع يحمل الامر على الاستحباب فتامل **بقي الكلام** في موضوع الآنية مطلقا فنقول اختلفت
كلماتهم فيها فاحالها جماعة على العرف كصاحب القاموس والمجمع حيث قال وهو معروف وغيرها
وقال بعض الاناء كوعاء وزنا جمع آنية وجمعها اواني وقال في المفردات هو ما يستقر فيها الشيء
ولعل مراده المعنى العرفي ايضا كيف ومجرد الوعاء وما لم يكن آنية قطعا وذلك كالحوض والدن فاني

دعاء قطعا وكذا الصدوق والعدل كما يشهد به قوله تعالى فبدأنا دعيتهم مع انه لا يصدق عليها
في الوقت الآنية بلا اشكال دموية ومثلها ما يستقر فيه الشيء بل دائما فيه او مع من الوعاء كما
لا يخفى والالتزام بالنقل فاسد ضرورة عدم كون الآنية من المنقولات العرفية كالدابة ولم ينقل
به احد ايضا مع هذا التحقيق لعله لتمامية الصدق العرفي في الاخبار وفاقا للشهيد ومنهم السيد
صاحب الرياض في منظومته وغيرهما لا يقال ان المراد منها الاواني التي اعدت للشرب والاكل
مطلقا كما يشهد به الصحيح المتقدم في محاسن البرقي حيث قال انما يكره استعمال ما يشرب به
فان ظاهر ما ذكر وثيق فيما اعد للكل بعدم القول بالفصل واجماع المركب لانا نقول ظاهر
وان كان ما ذكر الا ان بين مفهوم الحصر فيه والاخبار المطلقة عموم وخصوص من وجه ثم
قال السيد في الرياض وليس منها المكحلة وظروف الغالية ونحوها والتحقيق خلافه فان
مثل هذه الاواني آنية عرفا وفاقا لبحر العلوم في منظومته لما يحصل فيها فان آنية كانت محبب محرم
فان رأس الشطب والوشمة واشباههما ومن الآنية ما يلبس به شيء سواء كان بمسامير او غيرها
بحيث لو اخرج هذا الشيء منه يجعل فيه الشيء وعكسه ضرورة انه آنية جعل فيها آنية اخرى ومثله
ما لو البس هو شيئا آخر مثل ان يجعل سطح الطاهر حديدا او خشبا او نحوهما بل هو اقوى
من سابقه كما لا يخفى نعم ليس منه الادبة التي يجعل فيها الظرف بالمسمار ونحوه لعدم صدق
الآنية عليه عرفا كما يشهد به الخبر المتقدم وكذا ليس من هذا الباب الصبغ بالذهب والفضة
وعمل شجر الورد واعصانه ونقش الورد بهما بل مطلق النقش بهما فان مثل هذه لا يسمى
آنية وبعضهم اخرج القناديل ايضا من الموضوع كبحر العلوم في منظومته فانه يظهر منه عدم
كونها آنية واما من الحكم كما هو ظاهر بعض آخر ولعله الشهيد ره حيث حكم بجوازها لكونها
من الشعائر المعتنى فيها وفي كليهما نظر اما في الاول فلمنع عدم الصدق اذ الاصل ما جعل
فيه نعم اذ لا يمنع ما يجعل فيه كان يكون في كل طرف منه ثقبة لا يبعد عدم الصدق واما

الثاني فلان التعارض بين ادلة الشعائر وادلة الباب عموم من وجه وفهم العرف في امثال هذه التحكيم
كما مر مرارا مضافا الى عمل الاصحاب والا يلزم ان يجوز جعل الاواني من الذهب والفضة من
العلماء في دورهم ومنازلهم لكونه من الشعائر الموجبة لعظمتهم وسطوتهم وشوكتهم مع انه
لا يجوز قطعا وبالجملة المعول به من ادلة الشعائر انما هو فيما يكون من الامور المحللة مطلقا
كيف ولو بني الامر عليه يلزم من المفاسد ما لا يخفى لا يبقى بخروج القناديل من تحت الحكم بالسيرة
القطعية في الاعصار المتمادية على عملها ووضعها في المشاهد المشرفة لانا نقول اصل هذه
السيرة غير كاشفة لعدم كونها في زمن الامام عم حتى يكشف عن رضاه من باب عدم الردع
والمنع كيف وكان قبورهم في ذلك مجهولة مختفية لا يعرفها احد واما عدم ردع العلماء ومنعهم
من باب عدم قدرتهم على منعهم المنع واما من اجل تجويزهم ذلك اما العدم كونها آنية واما
من باب الحصر الخروج الحكمي فلا دلالة فيه على الجواز القطعي ايضا ويستثنى من الاواني للصحيح
القول به التعويذ متعلق على الحائض قال نعم اذا كان في جلد او فضة او قصبة حديد
ولو بعد خروج الجواز الذي هو مشهور في الكتب والالسنة وان كان سنده ضعيفا
هذا ولكن الانصاف ان في تشخيص بعض ما ذكر تامل ضرورة انفراق اطلاق الآنية على مثل
المكحلة وظرف الغالية والقنديل واشباههما وان اطلق على لاو لين الآنية بن سراو صنا فة
فيتوهم هذه آنية الكحل ودعوى اراد تها من الاخبار وان لم يكن آنية عرفا مخالفة للاحالة في على الع
وصناعته لما تقدم فرع الحرم في غير الاكل والشرب استعمالها والمدار عليها فلو لم يصدق
لم يكن حراما وتفرع عليه صحة الوضوء من آنية الذهب والفضة في صورة عدم الانحصار
فيها بالاغتراف وذلك ان المحرم انما هو اغترافه منهما واما الوضوء والغسل بالماء الذي
اغترفه فليس بحرام لعدم صدق الاستعمال عليهما نعم لو كان الآنية مخروطا فيها ونحوها ما يصدق ما
للوضوء والغسل قبل الاغتراف لزوم اجتماع الامر والنهي في واحد شخصي وقد حقق في محله امتناعه

من قال ما لا نفع فيه كيف ولا تحرم شيء من نفع بالملح كما عرفت والعمدة في الباب الاجماع المنقول في
كلام الشيخ ره والتنقيح والرياض وان استدل بوجوه اخر ليس شيء منها بشيء منها عدم اداء منع
المعاملة مع السفيه لان المفروض ان بذل الثمن بازائه يعد سفها فتشمله ومنها تخصيص عموم
البيع والطلاقانه وفيه اولا انه لو يخدش فيما اذا كان المبيع دا غرض عقلائي مثل الخنفساء
بالخنفساء والدود بالدود اللهم الا ان يتم في الثمن ولكن فيه ان مثل هذا الثمن لا يسمى سفهيا
الا ان يكون نظره على كون المعاملة سفهية سواء كانت بنفسها او بواسطة ما قابل اللهم الا ان
بادلة حرمة التبذير والاسراف وبانصراف ادلة البيع ونحوه عن مثل هذه المعاملة وكلاهما كما
ترى ومنها لزوم الاعانة على الاثم لو كان جائزا وذلك لان اقدام السفيه على المعاملة اثم فتمكينه
منها اعانة عليه وفيه مضافا الى ما ذكرنا منع حرمة المعاملات من السفيه لعدم الدليل عليها
فان غاية ما يستفاد من الشرع عدم ترتب الاثر عليها لا حرمتها على ان في كونه اعانة فتظهر وجهه
بالتامل فيما تقدم الى غير ذلك مما لا اعتداد للتعرض اصلا وبالجملة الموضوع اما ان يكون فيه نفع
او يكون وعلى الثاني اما ان يكون جميع منافعه محرمة او محللة او بعضها محللا او بعضها
محرما وعليه اما ان يكون الغالب الاول والثاني لا اشكال في عدم صحة بيع الاول بل
يظهر من صاحب التنقيح انه ضروري مفروغ عنه كما انه لا ينبغي التامل في عدم صحة الثاني
لحكم الاجماع في التنقيح وغيره من حديث التحف والرضوي وغيرهما واما الثالث فجوازه وصحته
مما عليه الضرورة مضافا الى اقتضاء جميع الادلة الواردة في المسئلة من العمومات والاطلاقات
حلية وتوعيته واما الرابع فمثل الثالث في شمول الادلة مضافا الى السيرة العظيمة الكاشفة
لانه ما من شيء الا وفيه جهة محرمة ولا ينافيه قوله عم ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه لان
المتفاهم منه التحريم في جميع الوجوه كالميتة او الاعم منه ومن المنافع الغالبة كما في العذرة فلا
يشمل ما نحن فيه فتامل واما الخامس فيجوز بيعه ويصح اذا كانت المنفعة المحللة مقصودة بها

انظار الاختلافات وقصدها لاقتضاء الادلة باجمعها ودعوى انصرافها واختصاصها بها فتامل وما
ذكر فالظاهر حكم السادس اعني ما اذا كانتا متساويين بمعنى جواز البيع وصحته اذا كان
المنفعة مقصودا بها ولم تكن غالبة فالتوقف في غير محله كما اختاره في التنقيح على ان الادلة
اما ان تكون شاملة له اولا او محل شك او على التقادير لا معنى له اما على الاولين فواضح
في الغالبة واما على الثالث فلكون الاصول اللفظية العملية سليمة عن المعارض بالمرة
شيء يتحقق بما حققنا ان المدار المعتبر والمدار الاعتداد بالمنفعة في نظر العقلاء واهل العرف
ولو كانت نادرة وفاقا للشيخ وصاحب الرياض والجواهر وغيرها لا غلبتها كما توهمه جماعة
كيف وبيع العقاقير للادوية ونحوها مما عليه السيرة القطعية بل الضرورة فلا اشكال في
المسئلة بعون الله من جهة كلام الجماعة القائلين باشتراط الغلبة فتدبر ثم انه هل في حكم
عقود المعاوضة العقود المجانية كالعارية والهبة المجانية ونحوهما اولا الاقرب الثاني
لاختصاص الادلة المتقدمة منه بها وعمومها لها ودعوى انصرافها فاسدة كما مر مرارا
مسئلة ومما يحرم التكسب به الاعمال المحرمة لنفسها بمعنى عدم حرمتها بينها لنجاستها او لغيرها
او غيرهما من الامور المتقدمة فيشمل العنوان الحرام النفسي والمقدمي ثم اعلم ان القوم لم
يتعرضوا في المقام لبيان الكبرى وانما اكثروا الكلام في الصغريات ولعله لوضوحه مما
تقدم فان من الاخبار المتقدمة منها ما هو صريح في حرمة الكسب بها مضافا الى الاجماع
عليه تحقيقا ونقلا كما في كلام بعض الاعيان منها عمل الصور المجسمة لا اشكال في حرمتها
في الجملة وان اختلفوا فيها على اقوال قول بحرمة عمل صور ذوات الارواح مطلقا كانت مجسمة
او غير مجسمة وهو للقاضي والحلي وثاني الشهيدين وصاحب الرياض وقول بحرمة
عملها اذا كانت مجسمة كما اذا صنع انسانا من شمعة دون ما اذا كانت منقوشة محضة
كما اذا نقش انسانا على الجدار او اسدا على الوسادة وهو المحكي عن الاكثر بل كافة من تاخر

و بعد الاغتراف ايضا كذلك لعدم كفايته غرفة واحدة للوضوء و الغسل و بعضها عن ما امر به
لكونهما من العبادات المركبة الارتباطية فيكون محرما و منهيا عنه والنهي في العبادة يدل على
الفساد واما في الاكل والشرب فلحرمتهما لورودهما بخصوصهما في النصوص والاول
يتحقق بالطريق المتعارف للاكل في الاواني وهو ان ياخذ لقمة منها و يجعلها في فمه والثاني
يتحقق بوضع الانية في فمه والشرب منها واما بالاغتراف فلا يتحقق لعدم صدق الشرب
منها و في الكل نظر اما في الاول فلان التحقيق كما حققناه في محله عدم جواز اجتماع الامر والنهي
مطلقا و في الكل حتى في صورة عدم الانحصار واما في الثاني فلان ذكرهما بخصوصهما ليس من
اجل الخصوصية بل من اجل كونهما من الاستعمال فلا فرق بينهما وبين غيرهما فتامل في المقام جيد

مسئلة مما يحرم التكسب به ما لا نفع فيه وتحقيق الكلام فيه في جهات الاولى في بيان
النفع فنقول المستفاد من كلام الفيروزآبادي وبعض اخوانه يوافق اللغة العرفي و ضد النفع
و المتفاهم منه عرفا هو الفائدة العرفية فانه في كل ما حصل الغرض بشيء انتفع به فعلى هذا لا يكون
الفعل الاختياري بلا نفع ولا يتعقل كونه خاليا عن النفع هذا و لكن المقصود منه فيما نحن
فيه ليس مطلق النفع بل النفع المعتد به عند العقلاء بمعنى ان يكون بحيث يبذلون بازائه
العوض ولو لم يكن غالبا فندرة النفع لا تضر اذا كان معتدا به كالعقاقير والادوية التي يصح
بيعها اجماعا و ضرورة ويجري الاستدلال عليه فانظره **الجهة الثانية** في انه يملك كل ما
ينتفع به بمعناه العرفي او لا الحق التفصيل بمعنى صيرورته ملكا بالحيازة و نحوها لو كان
معتدا به موهوما يبذل بازائه العوض في حد ذاته و عدم الملك لو لم يكن كذلك كالخنافس
والنخاعة اما الاول فلعموم من اعلى اليد ما اخذت والعين ما وات فانه مروي عن علي عليه
السلام احمد الامام ثم في صيد رآه شخص و تعاقبه ثم اخذه شخص آخر فالمراد انه ملك للآخذ
وليس للرائي حظ الا الرؤية واما الثاني فلوجود حق الاختصاص الذي هو مقابل للملك اجماعا

اجماعا من الاصحاب وحينئذ فلو قلنا بافادة الحيازة الملكية مطلقا لا يفرق بينه وبينه والفارق منا
وكونه من انه لو كان بحيث يبذل بازائه العوض في حد ذاته وان لم يبذل له من جهة قلته او كثرته
متوصلات والا فحق اختصاص كما في الضفادع ونحوه فانه ليس مما يبذل بازائه العوض في حد ذاته
كما هو معلوم ومستند الاستقراء الثاني المراد الشرعية لا يتأتى اللام للاختصاص او الاعم منه ومن
الملك فلا يفيد الملكية اصلا مضافا الى ان حمل النص على ظاهره مستلزم التخصيص الاكثر
لانا نقول المتبادر من كلمة اللام فيما يحتمل الملكية التمليك وليس في النص عام حتى يلزم تخصيص
الاكثر و تخصيصه لا باس به كما حقق في محله مضافا الى ان المتفاهم منه ان للبعد ما اخذت
من الاشياء التي الناس فيها شرع كالمباحات لا مطلقا و لو كان المراد العموم فليس فيه شمول حتى يلزم
التخصيص وقد اكثر بعض الاعاظم في عدم افادة الملك في الاشياء الدون بانتفاء لوازمه
من الضمان ونحوه وهو كما ترى خلافا للفاضل التوني في حاشية الارشاد حيث اختار الملكية
مطلقا لا وجه له الا ظاهر كلمة اللام وقد عرفت فساده هذا خلاصة ما افاده الاستاد دام
مجده اقول وفيه نظر فان المتبادر من النبي بمعاونة كلمة اللام الملكية مطلقا سواء كان الماخوذ مما
لا يبذل بازائه العوض لقلته كحبة من حنطة او لخسته كالبصاق ونحوه كما اختار التوني ح ج
فالماخوذ يبقى على ما بقي فان الشارع اخرج بعض الاشياء حكم بعدم كونه قابلا للملك كالاعيان النجسة
مع ان العقلاء يبذلون بازائها العوض في حد ذاتها لاجل التسميد كما لا يخفى وح فنقول في
كل مورد ثبت من الشرع عدم قابليته للتملك الاخذ لا يفيد الملك بل يفيد الاختصاص و
فيما لم يثبت نقول بالملك فالفارق بين الملك وحق الاختصاص هو هذا لا ما تقدم والا سلوا
ثم كيف وقد شاهدت ان العذرة مثلا مما يبذل بازائها العوض مع ان اخذها لا يفيد الملك
بل ليس فيه الا الاختصاص لما مر من ان الاعيان النجسة لا تملك فتدبر **الجهة الثالثة** في انه لا يصح
بيع ما ليس فيه نفع يعتد به بل اجراء كل عقود المعاوضات عليه و هذا هو مراد من قال

كما في التنقيح وغيره لحرمة عمل الصور المجسمة مطلقا سواء كانت ذوات ارواح او لا وهو الظاهر
من بعض الاخبار
من بعض الاساطين كالمحقق في النافع والشهيد في اللمعة وغيرها المستفاد ومن شرط من الا
والاوسط الوسط لنا عليه مضافا الى الاجماع تحقيقا ونقلا الاخبار الكثيرة المنطبقة منها المرسل
كالصحيح من مثل مثالا كلف يوم القيامة ان ينفخ فيه الروح وليس بنافخ ومنها الحسن كالموثق
بان ثلثة يعذبون يوم القيمة وعد منهم رجلا صور تماثيل يكلف ان ينفخ فيها وليس بنافخ
الى غير ذلك من الاخبار المشتملة على النفخ والتعذيب فيها بان مدلول المثال والتمثال كالصورة
وان كان اعم بحسب اللغة والعرف شاملا لذوات الارواح وغيرها كالشجر والنجم وغيرها
كالمنقوش ولكن يقيد بالقيد بمقتضى معنى الذيل فان المتفاهم عرفا من الكلف التكليف الوارد
على النفخ ضرورة ان غير الحيوان وغير المجسم من المنقوش لا يكون اهلا له فافهم على انه لا
يبعد دعوى انصرافهما في الاخبار وكلام الاصحاب الفقهاء الى الحيوان فروع وذكر
بعضهم الجمع بين الاخبار من وجهين احدهما تخصيص تلك الاخبار المانعة بما عدا القران وحمل
ما دل على ذم التغني بالقران على قراءته بكونه على سبيل اللهو كما يصنعه الفساق في غنائهم
كما ورد اقرؤا القران بالحان العرب واياكم ولحون اهل الفسوق والكبائر وثانيهما
حمل الاخبار المانعة على الفرد الشايع في ذلك الزمان وهو الغناء على سبيل اللهو من الجواري
وغيرهن في مجالس الفجور والعمل بالملاهي والتكلم بالباطل وعد بعضهم من المستثنيات التغني
في مراثي الحسين عم نقله في جامع المقاصد ولم يسم قائله ولا بين وجهه واختاره سي
ره وتبعه بعض المتاخرين ووجهه المقدس بانه ثبت الاجماع والاخبار ليس بصريح في التحريم
مطلقا ثم ايده بان البكاء والتفجع مطلقا مرغوب وفيه ثواب عظيم والغناء معين على ذلك
وانه متعارف دائما في بلاد المسلمين من زمن المشايخ الى زماننا هذا من غير نكير ويجوز
النياحة ويجوز اخذ الاجرة عليها وفيه نظر فتامل فرعان الاول الغناء لا يلزم الاجتناب

من جميع الافراد المشكوك اندراجها في موضوعه اذا قلنا باجمالها بالحكم اصالة البراءة لكون
الامر دائرا بين الاقل والاكثر او مستقلا البين نفي الزائد على القدر المعلوم فيكون
الشك في التكليف لا المكلف به ولو قيل بلزوم الاجتناب من باب الشبهة المحصورة فنقول
مع ان كونه منها لا يخلو عن اشكال التحقيق فيها عدم لزوم الاجتناب كما حقق في محله الثاني ان
الافراد المشكوك الاندراج في الغناء لا يوجب التحرز عنها كما في سائر الشبهات المصداقية المحتمل
الاندراج تحت المفاهيم الكلية التي تعلق بها النهي بل يتحد بالقدر المتيقن ويحكم في غيره
بالجواز لاصالة الاباحة قاعدة البراءة وفيه نظر بمقتضى القاعدة الاشتغال وكون التكليف
بالواقع ونفس الامر كما هو التحقيق وحقق في محله الاحتراز وره كونه شكا في المكلف به
المقتضي للبراءة اليقينية لا التكليف المحكوم فيه اصالة البراءة وبالجملة التكليف ثابت و
المكلف به مجمل فيجب الاحتراز من كل محتمل تحصيلا للبراءة اليقينية ومنع كون المقام من قبيل
بعد معلومية جملة من الافراد المحتملة لكون تمام الماهية الغناء ما اشتملت عليه فيشك
ح في حرمة الزائد فينفى باصل البراءة الذي لا يعارضه حرمة الغناء المحتمل كون تمام ماهيته
ما في الافراد المعلومة كما صدر من شيخنا في الجواهر في محل منع فته والحاصل ان الاحوط
الاجتناب لو قلنا بالاجمال كما في نظائره لعموم ادلة شبهة الموضوع له ملا اشكال ومر به
وابن هذا من هذا ومنها معونة الظالمين عبارات الاصحاب فيها بحسب التعبير مختلفة
منها معونة الظالمين بالمحرم كالمقنعة والمراسم والارشاد والشرايع ومنها معونة الظالمين
بالظلم كما في اللمعة ومنها معونة الظالمين في الظلم كما هو المحكي عن الاكثر ومنها معونة الظالمين
مقتصرا عليها كما عن الشيخ في تبر الى غير ذلك وهذه العبارات متقاربة الا المحكي عن الشيخ ره
ان ظاهره الاطلاق بل قد يدعى انصرافه ايضا الى ما قيد وايه وكيف كان تحقيق المسئلة
تقتضي رسم مقامين الاول في حرمة اعانتهم في جهة الظلم هذه مما لا شبهة فيه ولا

ولا شك يعتريه ويدل عليه الكتاب والسنة المستفيضة بل المتواترة كما في الرياض والاجماع
تحقيقا ونقلا قال سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان فانه يدل على عمومها
من جهة كلمة الاثم وخصوصا من اجل لفظ العدوان اقامة الظلم بحكم التبادر وغيره فيكون
تخصيصا بعد التعميم للاهتمام به وليس من هذا القبيل قوله تعالى ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم
النار كما استدل به في الرياض ضرورة ان المراد منه الميل والمحبة كما في الاخبار ومنهم عم كما
في المجمع ان الركون اليهم هو المودة والنصيحة والطاعة لهم لكن ينبغي ان يعلم ان حب بقائهم
في المعصية لاجل المنفعة الدنيوية الدينية ولا يجوز فلو احبهم بقائه من حيث نوبت بيضة الاسلام
والنفوس واعراض المؤمنين فلا باس به وان لم يكن الا قاصدا بقائهما على جهة اطاعة
الله بل هو من الامور الراجحة المرغوبة كما يستفاد من النصوص وكذلو احبهم من جهة الايمان
والنبوة وغيرها من الجهات المضاهية لها ضرورة ان ما ذكرها هو المتفاهم من الاخبار مضافا
الى الجمع بين النصوص الواردة المتفرقة الدالة على البغض والمحبة من الامور الاختيارية كما اشير اليه
في بعض النصوص فكيف يكون محل التكليف لانا نقول بتحصيل العلم باسبابها اختيارى وهو
بلحق يكفي في التكليف كما حقق في محله لا يقال اذا كان محبتهم محرمة فاعانتهم محرمة بطريق اولى
لانها اشد فيها منه لانا نقول الاولوية يوهم العموم حتى في الافعال المباحة في حد ذاتها
ممنوعة كما لا يخفى وبما حققنا يتبين الحق في المقام الثاني وان لا يحرم اعانتهم في الافعال المباحة
وقد عرفت ان الاخبار التي ادعيت ان ظاهرها لا يدل عليه اصلا وانما تدل على الحرمة منهم
من جهة اخرى ولو سلمنا دلالتها فلا بد من تقييدها جمعا بين الادلة مثل ما ورد في محاسن
وحسن العشرة معهم وجلب محبتهم وصلة قلوبهم كي يقول رحم الله جعفر بن محمد ما كان
كما احسن ما يؤدب به اصحابه ومثل ما ورد في جواز المعاملة معهم وقبول الجائزة منهم وقد
نقل ايضا جواز حمل التجارة الى المشركين في مقام الهدنة وعدم كون الحرب قائمة هذا مضافا

الى السيرة بل الضرورة في الاعصار المتمادية على الاتيان بالمباحات الذاتية لهم من دون نكير
وبالجملة لا يعرف في المسئلة خلاف من الاصحاب سوى اطلاق الشيخ ره وسكوت الحر العاملي في
الوسائل مضافا الى لزوم العسر والحرج ومنافاته للملة السمحة السهلة وحاصل الكلام وملخص المرام
ان غاية الظلمة اما في الموضوعات الظلمية او المباحات الذاتية وعلى الثاني فاما ان تكون بحيث
يعد من اعوانهم وعمالهم او لا وعلى الاول فاما ان تكون لغاية محظورة وجودها مطلوب عليه
في حد ذاتها كيف كان او لا بل لمجرد التشهي لا اشكال في حرمة القسم الاخير من الاول وبذلك
الادلة الاربعة بأسرها اما غير العقل فقد عرفته واما العقل فلان من خلي وطبعه يحكم
بفطرته السليمة بقبح الاعانة على الظلم كما يحكم بقبح الظلم نفسه ومنع حكم العقل فيما نحن فيه واما
القسم الثاني فالمعروف بين الاصحاب بحيث لا يظهر مخالف سوى من تقدم من عدم الحرمة و
السيرة القطعية بل الضرورة المؤيدة بنفي العسر والحرج مضافا الى اصالة الاباحة وقاعدة
البراءة ولا ينافيها الاخبار الواردة كما مر وعلى تقدير المنافاة فلا بد من تاويلها لما ذكر
واعراض الاصحاب تنبيهات احدها ان الظالم في العنوان لا يشمل الظالم لنفسه بحكم التبادر و
الانفهام العرفي ولكن حكمه حكم الظالم للغير لعدم الادلة المتقدمة وحكم العقل القطعي لانه
اذا كان الاعانة على الاثم مطلقا محرمة فما وجه تخصيصهم الظلمة بالذكر لانا نقول وجه الا
ختصاص متابعة الاخبار كما هو شان الفقهاء الاخيار ودينهم والاهتمام به لكونهم
من الناس وثانيها ان الظالمين في الاخبار والفتاوى ليس مخصوصا بسلاطين الجائرة
من المؤمنين والعاصين للعموم لفظا وتعليلا وكون المورد اياهم لا يوجب الاختصاص
لانه من باب البحث والاتفاق فيشمل كل من هو معدود في الظلمة سواء كان شيعيا او غيره
وسواء كان سلطانا او اميرا او غيرهما وثالثها منها الغيبة قال الجوهري في الصحاح الغيبة ان
يتكلم خلف انسان مستور بما يغمه لو سمعه فان كان صدقا سمي غيبة وان كان كذبا سمي بهتانا ثم ذكر الالفاظ ولا

يتحقق بالكناية والاشارة ونحوهما وعن لفظ الخلف يستفاد عدم تحققها عند حضور المغتاب
وفي التقييد بالانسان استثناء الى عدم تحققها في الملك والجن وفي الاتيان بالمستور وفيه ايماء
الى انها لا توجد في المتجاهرين والرمي بما يغيره ان يكون شائعا لذلك ومن العايب المتبادر فلو كان
من الاوصاف الجميلة ولم يحصل الغم ولا انبساط سامعه وحصل الغم من اجل الخوف على النفس من
تعريه لم يكن غيبة واما لو كان من المعايب ولكن لا يحصل الغم من جهة ارتفاعه واتصاله
لمبادي العالية فهو غيبة قطعا لتحقق الشاتمية وعدم حصول الشتم انما هو لاجل المانع ويظهر
منه انه لم يعتبر الحقيقة وكونه متحققا في المغتاب فيعم المتحقق وغير المتحقق بل اخر كلامه صريح
في التعميم حيث قال عقيب هذا فان كان صدقا سمي غيبة وان كان كذبا سمي بهتانا فانه جعل
المقسم الغيبة بالمعنى المذكور فهي اذن على قسمين غيبة محضة كالاول وغيبة كالثاني
وهذا صريح بعض اخر من اللغويين ايضا ويصدقه المروي عنه ع قال لاصحابه هل تدرون
ما الغيبة قالوا الله ورسوله اعلم قال ذكرك اخاك بما يكره قيل ارأيت ان كان في اخي ما اقول
قال ان كان فيه ما تقول فقد اغتبته وان لم يكن فقد بهته وقال في القاموس غابه عابه وذكره
بما فيه من السوء والظاهر ان الجملة الثانية عطف تفسير للاول فيكون المذكور بمعنى واحد لا
كما يتوهم ويكون الثاني اخص من الاول ويخالف هذا ما ذكره في الصحاح من حيث
نفي وعن النهاية هي ان يذكر الانسان في غيبته بسوء مما يكون فيه وهو قريب مما ذكره الفيروزابادي
بل عينه لانه المتبادر من الذكر اذا اطلق كون المذكور غائبا وان كان اعم في الاصل وفي المصباح
اغتابه اذا ذكره بما يكرهه من العيوب وهو حق هذا ما وقفنا عليه من كلمات اللغويين
واما الفقهاء فقال المحقق الثاني في جامع المقاصد ان حقيقة الغيبة على ما في الاخبار ان تقول
في اخيك ما يكرهه مما هو فيه وقال ثاني الشهيدين في الروضة الغيبة بكسر الغين المعجمة وهو القول
وما في حكمه في المؤمن بما يسوءه لو سمعه مع اتصافه به ويظهر من اخر كلامه انه اصطلاح الفقهاء

وقال

وقال في رسالته الشريفة المسماة بكشف الريبة لاحكام الغيبة ان لها في الاصطلاح تعريفين
احدهما مشهور وهو ذكر الانسان حال غيبته بما يكره نسبته اليه مما يعد نقصانا في العرف بقصد
الانتقاص والذم وثانيهما التنبيه على ما يكره نسبته اليه قال وهو اعم من الاول لشموله
مورد اللسان والاشارة والحكاية وغيرها وهو اولى لما سيأتي من عدم قصر الغيبة على
اللسان والمحكي عن بعض المتأخرين ان الاجماع والاخبار متطابقات على ان حقيقة الغيبة
ان يذكر الغير بما يكره لو سمعه سواء كان بنقص في نفسه او بدنه او دينه او دنياه او فيما
يتعلق به من الاشياء والفرق بين هذه التعاريف تعميما وتخصيصا بين كما بينا في كلمات
اللغويين والتحقيق انه ليست لم يثبت للفقهاء اصطلاح جديد فيها ضرورة بل كل من
حدها فانما يروم به الى بيان المعنى اللغوي والمستفاد من الاخبار وكلام الاخيار
كما يشير كلام جامع المقاصد وبعض من تأخر هذا مضافا الى اصالة عدم النقل وكذا
لا يتحقق فيها نقل بسبب العرف العام ضرورة عدم علم احد بانها من المنقولات العرفية
مضافا الى الاصل المذكور وكذا لم يثبت بانها حقيقة شرعية لعدم تأتي ادلتها فيه وعدم
كونها من المعاني المخترعة كالصلوة والزكوة ونحوهما بل يرجع فيها الى اللغة ولما كانت
كلمات اللغويين مختلفة فلا بد من الترجيح بحسب المرجحات المقررة فنقول قول الجوهري هنا
هو وان كان مقدما على غيره لكونه اضبط وابصر ولكن فيما نحن فيه نحكم بقول الفيروزابادي كما
عليه شهادة العرف والاستقراء في موارد استعمالها ضرورة انه لم يثبت فيها حقيقة
اصطلاحية ولا عرفية عامة هاجرة للمعنى اللغوي بل كل واحد منهم رام الى بيان المعنى
اللغوي والعرفي ولكن لا بد من ذكر امور منفصلة حتى يتضح الامر ويعلم ان كلام الفيروزابادي
كغيره لا يخ من مسامحة ومنها انه لا يعتبر في الغيبة القول بل يتحقق بغيره من الكتابة والا
شارة وغيرهما اللفظ يصدق عليها اذا انتفى وهو واحد مما ذكر كما ورد في بعض الاخبار

عن عائشة ومنها رواية داود بن سرحان في الكافي اولا وفيه نظر لانه لو لم ندع القطع او الظن بعدم
الصدق فلا اقل من الشك فيؤخذ بالثابت لاصالة التوقيف والتوظيف هذا مضافا الى
انه مخالف لما هو نص في اعتبار القول كالصحاح او ظاهر فيه كالقاموس والرواية ضعيفة
ومنها انه لا يعتبر فيه غيبة المغتاب فلا يلاحظ الحضور ضرورة صدقها عرفا فيما اذا كان حاضرا فلا
يفهم نعم المعتبر فيها عدم الفهم فلو فهم المغتاب ولو لم يكن حاضرا في المجلس فلا يكون غيبة ولو لم
يفهم ولو كان حاضرا فهو غيبة ولعل الخلف كناية عن هذا في كلام الصحاح ومنها انه لا يعتبر فيها
ان يكون المغتاب انسانا كما في الصحاح او اخا في الدين كما في غيرها بل يتحقق ويصدق عرفا
بالنسبة الى الملك والجن والكافر والمخالف ومن في كلامهم محمول على الغالب كالمسلم وكذا لا يعتبر
فيها ان يكون حيا لعموم كلمات اللغويين والاخبار ودعوى الانصراف واهية فاسدة
مضافا الى ما يظهر من الاخبار من ان حرمة المؤمن ميتا كحرمته حيا وكأنه لا خلاف في حرمة غيبة
الاموات على ما يظهر من التتبع في كلمات القوم ومنها انه لا يعتبر ان يكون المذكور ثابتا فيه
لصدق الغيبة فيما اذا لم يكن ثابتا مضافا الى كلام جماعة من اللغويين نصا وظاهرا كما تقدم
وما في بعض الاخبار من جعل البهت قبالا للغيبة لا ينافي هذا لانه في مقام الغيبة المحضة توفيقا
بينهما اقول وفيه اشكال بل الظاهر عدم الصدق كما يظهر من جماعة من اللغويين بل صريحهم
فتد ومنها انه لا يعتبر فيها ان يكون المذكور مستورا غير معلوم للمغتاب للصدق عرفا وعموم
كلماتهم سوى صاحب الصحاح حيث انه اخذ فيها الستر والظاهر انه بيان موضوع اللغوي لا
الشرعي ويكذبه العرف واعراض من تأخر عن الفيروزابادي وغيره فتأمل ومنها انه يعتبر فيها
ان يكون المغتاب شخصا معينا اما بالخصوص كان يغتاب زيدا او بالعموم كان يغتاب كل
اهل البلد او كل اهل القرية او المزرعة او كل العرب والعجم فان كل واحد من المغتابين متشخص
بالعموم وان لم يتعين بالخصوص فلو اغتاب احد الرجلين او واحدا من الرجال المحصورين او غير

محصورين

محصورين لم يكن غيبة ما لم تقم قرينة على افادة الخصوصية ومثله ذم اهل بلد او قرية او العرب او العجم
باعتبار الاغلب فانه لا يكون غيبة ايضا لعدم الصدق العرفي في الكل ولا اقل من الشك
مضافا الى كلام اللغويين فانه ظاهر في المعين والمتشخص واليه ذهب بعض الفضلاء في
جامع المقاصد ويوجد في كلام بعض الفضلاء ان من شرط الغيبة ان يكون متعلقها محصورا
والا فلا تعد غيبة فلو قال عن اهل بلدة غير محصورة ما لو قال عن شخص واحد كان غيبة
لم يحسب غيبة انتهى فتأمل اذا تحقق ذلك فنقول الغيبة حرام بالكتاب والسنة والاجماع
والعقل اما العقل فلكونها اذية واهانة وظلما والعقل يستقل بحرمته واما الكتاب فقوله
تعالى ولا يغتب بعضكم بعضا ايحب احدكم ان يأكل لحم اخيه ميتا وقوله تعالى لا يحب الله الجهر
بالسوء من القول الا من ظلم فان عدم الحب في كلامه تعالى كناية عن البغض كما يستفاد من الا
ستقراء في كلامه العزيز والله لا يحب الظالمين ولا يحب المفسدين ولا يحب كل مختال فخور و
لا يحب كيد الخائنين ولا يحب المعتدين الى غير ذلك واما الاخبار فكثيرة لا تحصى منها ما روي
عن النبي ص في جملة طرق ان الغيبة اشد من الزناء وان الرجل يزني فيتوب ويتوب الله عليه وان
صاحب الغيبة لا يغفر له حتى يغفر له صاحبه وغير ذلك من الاخبار كما لا يخفى على المتتبع واما
الاجماع فتحقيقه واضح لمن له ادنى بصيرة في الفقه بل هو من ضروريات الدين ومنقوله قد ادعاه
شيخنا دام بقاؤه وبعض مشايخنا الذين قبلي ثم ان مقتضى الادلة اختصاص حرمتها بالمؤمن فلا
يحرم غيبة الكافر والمخالف وسائر فرق الشيعة اما الكتاب فيحكم ذيله حيث قال ايحب احدكم
ان يأكل لحم اخيه ومن البين انتفاء الاخوة بيننا وبينهم ضرورة انه ليس المراد منها الاخوة النسبية
بل الاخوة الدينية وهي بين المؤمنين كما قال الله انما المؤمنون اخوة واما ما في الروايات
العامة والمطلقة كبعض الاخبار المتقدمة فيحمل على غيرها حملا للعام على الخاص والمطلق
على المقيد هذا مضافا الى الاجماع كما ادعاه في الرياض بنفسه وبالجملة الحرام غيبة العادل من

من المؤمنين لا مطلقا اتكالا على ظاهر بعض النصوص فتأمل بقي الكلام في المستثنيات منها
المتجاهر وتحقيق الكلام فيه انه باعتبار الفسق ونحوه كما في الصحاح والمجمع في المعلوم من الغيبة و
موضوعها فهو خارج عن الموضوع لا الحكم وان قلنا بعدم اعتباره فيه كما هو التحقيق فقد
ر انه خارج عن الحكم ثم انه لا اشكال فتوى ونصا وجبر بالنسبة الى غيره من الامور المستورة
فيه الخلاف حكم جماعة منهم الشهيد بعدم جواز غيبته فيها بل نسب الى المشهور للاصل المنقح
الثابت بالادلة المتقدمة من حرمة غيبة المؤمن وعدم دليل على الاخراج سوى النصوص
والاخبار والقدر المتيقن منها ما يجاهر به فيقتصر عليه والحق الجواز وفاقا للشيخ الفقيه في
شرحه على القواعد وصاحب الجواهر كما عليه الاخبار المستفيضة كما لا يخفى على المتأمل فان
قلت بين هذه الاخبار والمتقدمة الدالة على حرمة الغيبة فيما ستره الله على الغائب لمعارضة
بالعموم من وجه ضرورة دلالتها على الجواز سواء كان فيما تجاهر به او غيره وهذه على
الحرمة في المستور سواء كان متجاهرا في غيره او لا وهي متقدمة عليها لموافقتها
الشهرة كما تقدم قلت هذا فاسد بل الامر بالعكس فان المستفاد من سوق الاخبار في الكتاب
انشاء الحكم وسم القاعدة الكلية كما في حديث الحرز والطراد فان بينه وبين ساير الادلة
الواردة في المعاملات والعبادات عموم من وجه مع ان الفقهاء على تقديمه ولم يقولوا
بالتعارض بينهما والرجحان ذكرنا هنا مضافا الى اصالة الاباحة بعد تعارض الادلة و
تساقطها فتأمل **تذنيبان** الاول انه قد تبين مما حققنا جواز الاثبات بما يكون ظاهرا
عند السامع معلوما له وعدم حرمته وهو مختار جماعة من الاعيان كالشيخ قدس سره
في جواهره وبعض المدققين من مشايخي وذلك لان مقتضى الاخبار المتقدمة حصر الغيبة فيما
هو مستور وهو اما اثبات للموضوع او الحكم كما هو الظاهر بمعنى ان الغيبة المحرمة منحصرة فيه على
التقديرين يثبت المدعى اما الاول فلعدم صدق الغيبة رأسا فيعمل فيه باصالة الاباحة واما على

الثاني

الثاني فلكان الحصر هنا هذا مضافا الى بعض الاخبار الواردة في المقام ثم ان السامع لو علم مكون
المغتاب متجاهرا فلا اشكال في جواز الاستماع واما اذا لم يعلم به ففيه اشكال والاظهر الجواز
وفاقا لبعض المدققين من مشايخنا المتأخرين لانه قول غير منكر فلا يحرم الاصغاء
اليه للاصل والرواية هذا مضافا الى حمل فعل المسلم على الصحة الا ان فيه تعبدا بجري ما يجري
على الامر الواقع والقول بانه محمول على الصحة عند القائل فلا يبعد للحامل خلاف ظاهر
ادلته كما حقق في محله اذا لم يكن للعقل ظهور في الطيبات والعصيان والا فالامر مشكل فتأمل
تتميم في بيان المتجاهر بالفسق فنقول لم يثبت فيه حقيقة شرعية ولم يبين في كلام الشارع
ايضا فيحمل على العرف وهو من يأتي بالمعاصي علانية مشكورة من هوى نفسه وان كان مسرا
في بعضها ضرورة ان الشارب في البعض لا يبنى في الصدق بوسم الاطلاق الا ترى انه يتقي
للسلطان والامير انه متجاهر بالفسق مع ان بعض فسقه مستور كما ان الجهر ببعض المعاصي
نادرا لا يوجب عنوان صدق المتجاهر بقول مطلق ومنها التظلم واظهار ما فعل به
الظالم وان كان مستترا به كما اذا ظلمه في السر لا في العلانية فقال بعض بجواز اظهاره
بل واظهار غيره مما يترتب عليه دفع الظلم عنه ممن لا يعلم به مطلقا سواء كان الازالة
مرجوة بما لم لا واخر بجواز اظهاره فقط مطلقا سواء كان عند من يرجو ازالة الظلم
منه او لا والمحكي عن ثاني الشهيدين في كشف الريبة وجميع من تأخر عنه التقييد والاقوى
الاول لعموم قوله تعالى لا يحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم فان الاستثناء من النفي
اثبات كما حقق في محله فيجوز للمظلوم الجهر بالسوء من القول بل ظاهر الآية كونه محبوبا
لله مطلقا سواء كان باظهار ما فعل به او غيره مما يعين على الانتصار سواء كان
المقول عنده ممن يرجى ازالة الظلم بالذكر ما فعل به او غيره عنده ام لا هذا مضافا الى
الاخبار الواردة في تفسيرها ولكن الانصاف وفاقا للشهيد الثاني ومن تقدم الحكاية

عنهم الاقتصار على ما فعل به من الظلم عند من يرجى ازالة الظلم اقتصارا في مخالفة الاصل على
المتيقن من الادلة لعدم عموم في الآية لعدم كونها مسوقة لبيان الاطلاق فتأمل ثم انه يجوز
للغير استماعه ولو لم يثبت عنده كون المغتاب مظلوما للعموم وعدم تعقله لو كان الاستماع
حراما فان مجرد تكلمه مع نفسه ليس غيبة فالاثر لا يترتب الا بالالتزام على الجواز والانسداد باب
التظلم لو كان موقوفا على اثبات الموضوع مضافا الى انه خلاف السيرة المستمرة مع ان فعله
محمول على الصحة كما مر في مسألة المتجاهر ومنها الاستفتاء وقد صرح بعضهم بان يقول
للمفتي ظلمني فلان حقي فكيف طريقي في الخلاص ويمكن الاستدلال عليه بعموم ادلة الا
ستفتاء وبقول الهند وصحيحة عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع قال ان رجلا اتى
النبي ص ان امي لا ترفع يد لامس فقال احبسها قال قد فعلت فقال امنع ان يدخل
عليها قال فعلت قال ص فقيدها فانك لا تبرها بشيء افضل من ان تمنعها عن محارم
الله عز وجل الخبر واحتمال كونه متجاهرا مدفوع بالاصل والكل فاسد اما الاول فلحكومة
ادلة الغيبة عليها كما في نظايره مضافا الى انه بعد التمكن منه بدون الغيبة كما هو الواقع في
كل موارده فانه لا يوجد مورد كان متوقفا عليها كيف يجوزه الشارع الحكيم في ضمنها
مع ان فيها اهانة المؤمن واعانته مع ان بينهما عموما من وجه فلا بد من الرجوع في مورد
التعارض الى المرجحات والرجح في طرف ادلة الغيبة لكونها اخص الناس شرواهم في نظر الشارع
ومنه يظهر حكم ما اذا كان الاستفتاء متوقفا على ذكر المغتاب وان كان هنا مجرد فرض لم
يتفق التوقف لسلامة المستفتي وعدم قدرته على التعبير بما على ذكره فالاقرب الحق عدم الجواز يتفق
مطلقا ولا سيما في موارد عدم التوقف ومنها التحرز عن الوقوع في الفساد مثل ان يقول لك ان
فلانا ليس باهل للفتوى فلا ترجعوا اليه او ان فلانا سيئ المعاملة ويدانه او خراره
المضرة فلا تعامله والحق فيه التفصيل بالجواز اذا كان في الدين لكونه اهم في نظر الشارع

كما

كما يستفاد من عموم التعليل في الاخبار الواردة في اهل البدع مضافا الى قوله تعالى ولتكن منكم
امة يدعون الى الخير وهو حاكم على ادلة الغيبة وبعد مر اذا كان في الدنيا فلا يجوز التحذير
باغتياب المؤمن فيما اذا لم يجد ونفع الغير في الضرر الدنيوي سواء كان مالا او عرضا
اجحافا بالنسبة اليه او لا لعموم ادلة حرمة الغيبة وعدم ما يصلح للتخصيص نعم لو كان الواقع
فيه ضرر النفس لا يأمن به ووجهه واضح اقول وفيه نظر لعموم ادلة الضرر التي هي حاكمة على
ادلة الغيبة كما تكون حاكمة على غيرها فالاظهر الحق الجواز لا فيما اذا حرم ليس به لا يعتد به لعدم
كونه مشمولا لادلة الضرر فتأمل ومنها نصح المستشير مثل ان يقول له لا تنكح فلانة لان فيها
كذا وكذا للاخبار الظاهرة في وجوب النصح لان المراد فيهما الارشاد الى الحق والمعروف
كما هو المناسب لمعناه اللغوي لا المعنى المتعارف الآن بل للصحيح المروي في قرب الا
سناد عن ابي عبد الله ع انه جاء رجل الى النبي ص فخطب لا بنتي الحسن والحسين و
عبد الله بن جعفر فما تقول فقال المستشار مؤتمن اما الحسن ع فطلاق الزوجات والحسين ع
خير لا بنتك اقول وفي دلالته على المدعى نظر وذلك لان الحسن ع كان معروفا بهذا الا
فلا يدخل في موضوع الحكم مضافا الى ان رضى الحسن ع بما قاله الامير قطعي ودعوى كونه
غيبة للسائل لا تقبل والاستدلال لا بالصدر بتقريب ان الامين يجب عليه حفظ
ما فيه فيجب على المستشار بيان الواقع ولو برسم الغيبة كما ترى فان الاقرب الاستدلال
عليه بالاخبار التي تقدمت اليها الاشارة كما فعله الشيخ قدس سره في الجواهر لا يخفى ان
ظاهر هذه الاخبار وجوب الغيبة والنصح ابتداء من دون استشارة الا انه متروك
بحسب العمل والسيرة القطعية على عدم لزومه فاذن لا بد من حملها على الاستحباب
او تقييدها بصورة الاستشارة وان كان هذا لا يخلو من اشكال ايضا نعم يجب على
المستشار بيان الواقع وعدم التجاوز عنه لانه نوع للخيانة والكذب اللذين هما محرمان

احماعا فى الجواهر اعترف بان نهى النصح واولة حرمة الغيبة عموم من وجه ومع هذا كلّه لعل د
الترجيح لادلة النصح مع انه الظاهر منه لا بحمل الاخبار على وجوب النصح بل على استحبابه د
مقتضى مقتضاه عدم التعارض بين ادلته وادلة حرمة الغيبة لما سبق مكررا من
حكومة ادلة المحرمات على ادلة المستحبات فالترجيح هنا فى فيه لا بد وان يكون لاجل مزية
خاصة توجب الحكومة لا من حيث هو هو والظاهر عدم شئ يوجب الترجيح سوى ما
ذكرناه وان كان يمكن ان يكون من اجل تأبيد اخبار النصح بالسيرة المستمرة القطعية على
جواز النصح بالغيبة الا انه خلاف ظاهر كلامه ويمكن الاستدلال عليه بقاعدة الضرر
فان من اراد تزويج امرأة وانت تعلم بقبائحها التى توجب وقوع الرجل من اجلها فى الفرد
والفساد فى دينه او نفسه او عرضه او ماله فلا ريب فى حرمة الاغتياب فى مثله ضرر
عظيم وخطر جسيم الذى هو منفى بالعقل والنقل لا يخفى من ترك النصح لم يوقعه فى الفرد فلا
باس به لا ما تقول كان العزد منفى فكذلك الضرر لقوله عم لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام ومعناه و
كما حقق فى محله ان الشارع لم يجعل الاحكام الضررية ولم يمضها ولا شبهة فى ان جعل
حرمة الغيبة فى مثل المفروض ضرر فيجب النصح بالغيبة ولو لم يستشر ويمكن ظهور وجه
وجيه لتقييد اخبار وجوب النصح على ظاهرها بان يحمل على مثل هذه الموارد الضررية
ويتم جواز النصح بالاغتياب فى غيره بعدم القول بالفصل واولة حرمة الخيانة ضرورة
ان فى تركه خيانة ولعله من اجل هذا حكم بعض مشايخنا المحققين بوجوب النصح للمستشير
بل مطلقا هو بيان الظهور وعدمه من الاخبار فى وجه فانه استدل باموره تقريب
بما ذكرناه والمسئلة مع هذا لا يخص اشكال الا ان يدعى بالاعتبار السيرة القطعية الكا
فتو ومنها الجرح والتعديل فى رواة الاخبار وشهود فصل الخصومات للاجماع
محققا ونقلا كما فى شرح القواعد للشيخ الفقيه وقد يستدل عليه بحفظ الاموال والفروج

والاناد

والانساب والدين كما يظهر من صاحب الكفاية وبعض الائمة من الرفيعه ومنها تعريفه بالالقاب
والاسماء والكنى والاوصاف المعروف بها المشعرة بالذم كالشمر ويزيد وقنفذ وطلحة وانف
الناقة وابو جهل وابو جمار وابو الشرور والاعور والابتر والاجذم فيظهر من ثانى الشهيدين
فى رسالته المعمولة فيها التفصيل بين ما صدر من العلماء المعتنين بهم كان يذكر العلامة مثل
الاحول او الاعور فى حق الرواة وما اذا علمنا برضا المغتاب بها وغيرهما فالحكم بالجواز بالاول ولم
بمعنى انه يجوز لنا ان نذكر الرواة وكذا الراضى بذكرها معللا فى الاخير بخروجه عن الغيبة ح
فتامل واما تفصيل الشهيد كما ترى فان عمل العلماء المعتنين بشانهم لا يجوز لنا اتباعه
لعدم كونه من الادلة الشرعية ما لم يبلغ الاجماع والسيرة الكاشفة غاية الامر حمل فعلهم
على الصحة بمعنى عدم ارتكابهم محرما وصدر الحرمة واين هذا من هذا فليتامل جيدا ومنها الشهادة
لاقامة الحدود وحفظ الاموال المعصومة والدماء المحترمة لئلا يضيع الحق وتفصيل
الكلام ان تركن الشهادة اما فى حقوق الله او حقوق الناس وعلى التقديرين اما ان تكون
متعينة للحق ولا وعلى جميع التقادير اما ان يدعى الشاهد الى الشهادة او يدعى حسبة فهنا
اقسام الاول ان يكون الشهادة فى حق الله كحد الزنا وشرب الخمر ومتعينة للحق كان يكون
الشهود بعدد مخصوص بشرائط مخصوصة مذكورة فى محله ويدعوا اليها فيجب عليهم ان
يشهدوا عند الحاكم اذا قطعوا بالثبوت او ظنوا ولا يقدح فيه مجرد احتمال عدم الثبوت
من اجل النكول او الموت وشبهها العدم الاعتقاد به لعموم قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا
ما دعوا واقيموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه نعم لو قطع بعدم الثبوت لا يلزم لعدم
الشمول وكونها لغوا وسفاهة الثانى ان يكون الشهادة ايضا فى حق الله ولكن لم تكن متعينة
لها كما فى الزنا اذا لم يكونوا كمال العدد ولا يترتب على شهادتهم ح ثمرة ولو احتمالا فلا يجب عليهم
ان يشهدوا والعدم شمول الادلة ولزوم اللغوية ايضا هذا مضافا الى لزوم الحد وفع الضرر

ونهنا

الحد وعليهم فتدبر الثالث ان يكون الشهادة ايضا فى حق الله تعالى متعينة لا لا اثم لا يد
اليها بل يكون على وجه الحسبة لا اشكال فى عدم وجوبها لكونه حسنا وطلبا للاعوان ولم يحصل
والادلة المطلقة تحمل على المقيد كما فيما الشهادة وتحوها الاولى الستر وعدم اظهارها
كما يستفاد من الاخبار ولكنه هل يجوز له الشهادة ويرخص فيها لا ريب فيه كما يستفاد من
الادلة الشرعية عموما وخصوصا مضافا الى السيرة القطعية ولكنه يجرى عليه حد القذف
لو اتفق النكول بعد او ثبات بعض الشهود فى الزنا ولا منافاة بين الجواز والعقوبة لامكان
التنفى عنه بالستر فانه لا يجب عليه الشهادة ويشهد به قوله عليه السلام ولم اكن اول الشهود
فى الزنا مخافة النكول فيمن بعدهما ضرب الحد وهو محمول على الارشاد والتعليم كما هو ظاهر
ويمكن ان يقال انه لا يجرى عليه الحد فيما اذا كانت الشهادة واجبة ولو حصل بضرب من الاولى
ثبات عدم الثبوت ضرورة المنافاة بين الوجوب والحرمة والحد الرابع ان يكون الشهادة
ايضا فى حق الله ولم تكن متعينة ولا يدعوا اليها لا اشكال فى عدم الوجوب ح وانما الجواز
الرخصة فمنوط بالاحتمال المعتد به لو قطع بعدم الفائدة او ظن يحرم عليه دفعا للضرر
المقطوع والمظنون من اجراء حد القذف عليه لو لم يثبت الخامس ان يكون الشهادة فى
حق الناس ومتعينة للدعوى لا ريب فى وجوبها للادلة المتقدمة وروايات خاصة مضافا
الى السيرة القطعية الكاشفة السادس ان تكون الشهادة فى حق الناس ولم تكن متعينة
وبالجملة لا يترتب عليها فائدة ولو احتمالا لا يجب عليه ان يشهد لعدم شمول الادلة ولزوم
اللغوية والسفاهة اللهم الا ان يقال بكون الشهادة واجبة تعبدية كالعدة وان كانت
حكمة تشريعها عدم اضاعة الحقوق لكنه بعيد فى الغاية السابع ان تكون الشهادة
فى حق الناس ايضا ومتعينة للحق الا انها لا يدعى اليها لا يجب عليه ح الا اذا علم بعدم اطلاع
صاحب الحق عليها وكان ثبوته منحصرا بها فيجب عليه ان يظهر على الاظهر الثامن ان يكون

الشهادة

الشهادة فى حق الناس ايضا ولم يكن متعينة ولا يدعى اليها لا يجب عليه ان يشهد لما تقدم فيما حققنا
ظهر جواز الاغتياب فى الشهادة فى مواضع الرخصة سواء كانت واجبة كما فى كثير مما تقدم او جا
كما فى بعضها ولكنه لما كان على خلاف الاصل الثابت بالادلة المتقدمة فيجب الاقتصار فيه على
القدر المتيقن ثم انه لا بد ان يعلم انه فى حكم الامور المذكورة التعزيرات والاعراض ضرورة
عدم اختصاص الادلة بهما وما لجملة المعيار والمناط فى جواز الغيبة الشهادة الرخص فيها سواء
كانت فى حد او تعزير او الانفس او الاعراض او الامور المحترمة فيشمل الحكم لما اذا كانت الشهادة
للذمى او المخالف لورود الشرع باحترام الثلثة منهم ومن هذا الباب اللعان المتحقق عند الحاكم
ضرورة انه اغتياب ايضا ومما بيناه يتبين فساد ما يتوهم من ان بين ادلة الغيبة والشهادة عموم من
وجه فالحكم بترجيح الثانى على الاول الحكم وذلك لما اشرنا من الروايات الخاصة فى الموارد
الخاصة وعمل النبى صلى الله عليه وآله والصحابة وامناء الشرع بل سيرة جميع المسلمين من الموالفين والمخالفين
ضرورة انها توجب حكومة عمومات الشهادة على عمومات الغيبة نظير حكومة ادلة الضرر
على غيرها من الادلة فتامل جيدا ومنها الامر بالمعروف والنهى عن المنكر لو توقف عليها
وتحقيق الكلام فيه انه قد ثبت بالادلة انه يجب الحمل على المعروف ولو تركه وعن المنكر لو فعله
بالشرائط المقررة فى محله ومن واجباته ان يكون بالقول اللين او الفعل الذى هو مثله فان
لم يتأثر فالغليظ والخشن مراعيا للادون فالادون بمعنى انه لو توقف على اهانته وضرب
عليه يختار اليسير فان لم يتأثر يأتى بالكثير ملاحظا فيه الادون كما وكيفا فلو حصل التأثر
بالقول الاخف او الفعل الموجب الضرر اليسير لا يجوز التخطى منه فان لم يتأثر فيجعل متدرجا
مختارا للاخف فالاخف حتى ان بعض العلماء كالسيد المرتضى ره يجوز جرحه وقتله لو توقف
عليه بمعنى عدم انتهائه الا بهما وبعض اخر جوز الجرح دون القتل لنا فانه للحكمة حيث ممتنع
الموضوع راسا يمكن منع الحكمة المتوهمة بل توفر الدواعى اليه هو قطع مادة العصيان وهذا بين

على الفعل الصادر فيه اقوى لكونه موجبا لردع العصاة فتأمل ومنها الرد على من ادعى نسبا
وان كان معذورا واصوره وغايته وتحقيق الكلام فيه بان نقول المنسب المردود اما ان يكون
نوعيا او شخصيا وعلى التقديرين اما ان يكون وضيعا او شريفا او متوسطا وعلى التقا[دير]
اما ان يكون المدعى اثبات ما هو اشرف منه كان يقول هو ليس بتميمي بل هاشمي او اخس
كالعكس او مساو او لا وعلى اي تقدير فاما ان يترتب عليه الخلل في المواريث والوقوف والنذور و
الوصايا ونحوها او لا كذا في الاكثر او لا ظاهر كلامه وان كان يظهر منه تردد في بعض الاقسام
وبعض المدققين استثناه بجميع اقسامه ويمكن الاستدلال عليه بانه احد مقاصد الحسن
من الدين والعقل والنفس والمال والنسب وقد عرفنا من حال الشارع التتبع في موارد الشرع
ان بناءه على محافظة هذه الامور وعدم جواز افسادها هذا مضافا الى لزوم الخلل غالبا
الامور المذكورة وعدمه في بعض الفروض النادرة لا يقدح في الحكم الكلي لكون العلة علة التشريع
لا علة واقعية لاصل الحكم كما في السفر لقطع الصلوة من اجل المشقة وفي العدة لعدم اختلاط
المياه وغسل الجمعة لرفع ارياح الاباط الى غير ذلك من الامور المعهودة فليتدبر ومنها
الذكر باوصاف ظاهرة ذميمة لا توجب فسقا كان يقول فلان مماكس في المعاملة و[صداق]
في المعيشة وملابس للالبسة الغير المناسبة ونحوها مما يدل على المذمة وكان متظاهرا بها
وعلل شيخنا الفقيه قدس سره في شرح القواعد بانه هاتك لحرمته وفيه تامل فتدبر ومنها — شرحه على القواعد
الاتيان بفعل الغير من عبادة او اكرام ضيف او نحو ذلك مما يدل على فضل الغير او كسالته او
نحوهما فانه لا يلزم منه ترك العبادة لذلك مع انه من اقسام الغيبة على بعض التفاسير و
تحقيق الكلام فيه ان الاتي بصلوة الليل مثلا يقصد به مجرد التنبيه على كسالة الغير او
ثالثة يقصد به كليهما لا اشكال في حرمة الاخيرين لكون اولهما مما ياتي به لا يقصد الغير
مع انه عبادة يعتبر فيها ذلك فيكون بدعة مع انه غيبة ايضا لما تقدم من كونها اعم من

الغرض

من القول والفعل وغيرهما فيكون شريكا ثم لو كان المأتي به من المعاملات يكون حراما
من اجل الغيبة فقط والوجه واضح لكون ثانيهما شريكا وغيبة ومنها ايضا ما في شرح مثل ما بعده
انما الكلام في القسم الاول فنقول الاقوى جوازه وفاقا لشيخنا الفقيه في شرحه وان كان
غيبة لما حققنا سابقا من كونه اعم للسيرة القطعية الكاشفة عن زمن النبي صلى الله عليه وآله الى زماننا
هذا فان المؤمنين لا يزالوا مشغولين بالجماعات مع علمهم بانه يترتب عليه ما ذكر وعدم ورع
منهم ثم ومن هذا الباب تصانيف العلماء وافتائهم فيها وردهم واحكامهم فيه وما ورد
في بعض الاخبار مما ظاهره الحرمة محمول لما ذكرنا فتامل ومنها ما ذكره شيخنا الفقيه في شرحه
في الجواهر روايتها عن شخص وتكذيبه في نقله لها فلو سمعنا الناقل مغتابا والنقل عنه لم يدخل
في الغيبة ومثل هذا ان يقال زيد قال لعمرو ان بكرا كان كذا وكذا ثم كذب زيد عمرو
في قوله في حق بكر والظاهر من الشيخ ره بل صريحه عدم حرمته اما الثاني فكونه غيبة لعدم
صدقها عليه لما تقدم من انها في اللغة ان تتكلم خلف انسان مستور بما يغمه لو سمعه والتكلم
والذكر لا يتحققان بالنسبة الى بكر وانما تحققا بالنسبة الى عمرو فقط فظهر انه يكون متجاهرا
الفسق ونحو على انه ليس بعيب اصلا الا الكذب والمقصود دفع تعييب الغير بالتكذيب فهو
احسان محض ونحو على انه ليس بعيب اصلا الا بين صرف واما العدم كونها غيبة محرمة لا
شك ان المقصد الانتقاص وهو منتف فيه كما لا يخفى وفيه نظر ضرورة انه ربما يكون عيبا
بالنسبة الى المكرفة ومنها ما علمنا في شرح القواعد للشيخ الفقيه الرد عليه في ذكر قدح على او
مؤمن فانه يجوز لو كان معذورا او استلزم قدح فيما انتهى اقول انه قد ينافي ما حققنا
وهو اغتياب العلماء بعضهم بعضا في مصنفاتهم وردهم ضرورة ان بعضنا منه واخل في
هذا العنوان لاغتياب العلامة ره لابن ادريس وصاحب المدارك فقدح في مراره على الشيخ في
فتاويه وبعضا اخر في عنوان الدعوى بالخير الذي مقالته باطلة وان دل على نقصان

قائلها اذا توقف عليه حفظ الحق واضاعة الباطل الا انه ينبغي هنا امور الاول انه لا بد
من الاقتصار على ما يتحقق به الدعاء الى الخير والرد كما هو فالزيادة منهي عنها ولا سيما اذا
كانت في غاية الشناعة مع انا نرى منهم توهم التخطي عما ذكرنا حتى ان الدعوة بالخير
تتحقق بادون مما ذكروه الحلي ره في سرائره في مقام الرد على الشيخ حيث قال هذا كلام يضحك
به الثكلى ونحوه ومما اورد على الحلي الفاضل ره في مقامات مختلفة في مقام رد ما قاله على
الشيخ حيث ذكر في جملة من ردوده عليه انظروا الى هذا الرجل كيف يتخبط في كلامه وان
هذا منه الا جهلا او سخفا او نشأ هذا من قلة تحصيل ونحوها وقد اورد هذا على
الاستاد دام بقاؤه في الدرس فاجاب بعدم تحقق الدعوى الى الخير في بعض الموارد وكذا
الرد الا بمثل هذا وذلك مثل كون المخطي من الاساطين والمهرة ومدارا للعام والخاص من
الوصف كشيخ الطائفة عطر الله مرقده فانه لا يحصل الدعوى بالخير ولا يترتب اثر الا ان كان
الرد بكلام لين مثل الشيخ ره جبلا ثابتا لا يحركه العواصف انتهى وفيه ما فيه ولقد اجاد بعض
مشايخنا حيث قال واما ما وقع من بعض العلماء بالنسبة الى من تقدم عليه من الجهر بالسوء
من القول فلم يعرف له وجه مع شيوعه بينهم من قديم الايام وبالجملة يحمل كلامهم على الصحة
انهم اجل شأنا من ان يصبروا على مثل هذا الحرام مع كونهم ابواب الاحكام والايتام وصدور الشريعة
والاسلام وان لم نعلم وجهها فانهم ادرى بما قالوا ولكن لا بد من التفكر والالتفات
في التصنيف والتدريس والمباحثة لكيلا يقع الشخص فيما لا ينبغي ان يقع فانه ربما يصدر عن
الشخص مثل هذا الامر من غروره وعدم بصيرته باقدار العلماء ومراتبهم من
اجل عدم اطلاعه على احوالهم المذكورة في الرجال والتواريخ فيتخيل انه ليس لهم شأن
بل ربما يفضل نفسه عليهم كما نعاين في ازماننا هذا ونشاهد بعض الطلبة الذي لا يعرف
الفرض من الرد يدعي مراتب العالية في العلوم ويزعم انه فوق المحقق والعلامة وربما يتوهم انه مما

لعنه

ما لقنه شيخه واستاده ورأيه بعيد بالافكار الواهية والمباحثات الكاسدة مع شدة اولا دون
منه نزل به الروح الامين على قلب سيد المرسلين ولم يصل الله انظار السابقين وليس هذا
الا جهلا او سخفا ومما اشتهر في الالسن من ان ابن ادريس مات في شبابه ولم يبلغ خمسا
وعشرين سنة من اجل سوء الادب على شيخ الطائفة ولم نجد له اثرا بل نقل العلامة المجلسي
ره في البحار عن خط الشهيد ره هكذا قال الشيخ الامام ابو عبدالله محمد بن ادريس الامام
الحلي بلغت الحلم سنة ثمان وخمسين وخمسمائة وتوفي رحمه الله ورضوانه سنة
ثمان وتسعين وخمسمائة انتهى وعلى هذا يكون عمره خمسا وثلثين سنة بل في الرسالة
المشهورة للكفعمي بعد ذكر تاريخ بلوغه كما ذكرنا قال وجدت بخط ولده صالح توفي والدي
محمد بن ادريس يوم الجمعة وقت الظهر ثامن عشر شهر شوال سنة ثمان وتسعين وخمسمائة و
يكون عمره تقريبا خمسا وخمسين سنة انتهى ثم اعلم ان ما ذكرنا من المستثنيات من
باب الحصر بل من اجل التنبيه والبصيرة ضرورة عدم دليل عليه قال بعض مشايخنا ادام
الله تعالى بقاءه المستفاد من الاخبار حرمة الغيبة لاجل انتقاص المؤمن وتأذيه منه فاذا
فرض هناك مصلحة راجعة الى المغتاب بالكسر او بالفتح او ثالث دل الشرع والعقل
على كونها اعظم من مصلحة احترام المؤمن من ترك ذلك القول فيه وجب كون الحكم
على طبق اقوى المصلحتين كما هو الحال في كل معصية من حقوق الله تعالى وحقوق
الناس فتامل ثم اعلم ان المحرم الغيبة المحرمة واما المحللة فيجوز استماعها بل ربما يجب
كما مر ثم ان كان حالها مشخصة فلا اشكال واما لو كانت مجهولة بان يكون محتملة
للحرمة والحلية ففيها اشكال وربما يقال بجواز استماعها حملا لفعل المسلم على الصحة
قال في كشف الريبة اذا سمع احد مغتابا لاخر وهو لا يعلم المغتاب مستحقا للغيبة ولا
عدمه فهل قيل لا يجب نهي القائل لامكان الاستحقاق فيحمل فعل القائل على الصحة ما لم يعلم

فساده ولاف رد عليه يستلزم انتهاك حرمته وهو احد المرجحين ثم قال والاولى التنزه عن ذلك حتى يتحقق المخرج منه لعموم الادلة وترك الاستفصال فيها وهو دليل ارادة العموم حذرا من الاغراء بالجهل انتهى وهذا الكلام من القائل وان لم يدل صريحا ولا ظاهرا على جواز الاستماع وانما يدل على عدم وجوب النهي عنه ولكن الظاهر كما تقدم الملازمة بين جواز الاستماع وحلية الغيبة كما يظهر من ادلة الطرفين فانه قد تقدم منا ما يدل على جواز الاستماع في الموارد المحللة فراجع وكذا هو الظاهر من ادلة الاستماع فانه يفهم حرمة استماع الغيبة المحرمة لا مطلقا ولا اقل من الشك فيقتصر على المتيقن وهو الغيبة المحرمة فيجوز استماع المحللة الا مع عدم كونها قولا منكرا فتامل وبالجملة ما ذكرنا من التفصيل مما لا ينبغي الاشكال فيه وانما الاشكال فيما اذا شك في كونها محللة فهل يجوز الاستماع ح ام يجب ردها اولا بل اللازم الاحتراز فقط وتحقيق هذا موقوف على ان ظواهر الافعال حجة كظواهر الاقوال اولا وبعبارة اخرى فعل المسلم هل يحمل على الصحة مطلقا ولو كان ظاهر الفساد ام لا بل يحمل عليها فيما اذا تساوى الطرفان وجوه الاول انما يحمل على الصحة مطلقا لعموم ادلة اصالة الصحة من قوله ع ضع امر اخيك على احسنه وقوله تعالى وقولوا للناس حسنا والاجماع المنقول والسيرة وهذا هو الظ من بعض حيث عبر بان مع امكان الصحة يحمل عليها الثاني انه يحمل على الصحة في صورة تساوي الطرفين فقط كما يظهر من كاشف الغطاء ره في بحث السادس والثلثين منه الثالث التفصيل بين الافعال التي حرمتها ذاتية كشرب الخمر والدم واكل العذرة والقمار واللعب والزرد والشطرنج وامثالها وغيرها مما تكون مباحا بالذات وانما حرم لاجل العوارض كالتدليس والتصنيف والصلوة بالبيع ونحوها فيعلم الحمل في الاول والحمل عليها في الثاني والاظهر الاخير وفاقا للشيخ الاستاد شارح مبادي كشف الغطاء على ما يظهر منه فيه من الاستناد الى ظواهر الادلة فافهم وتدبر **ايقاظ** اصالة حمل فعل المسلم على الصحة دليل اجتهادي بالنسبة الى

الاصول

الاصول العملية الفقاهية فتكون واردة عليها الشبهة وعليه الاجماع والسيرة المستمرة والصحة كيف يخالف للاصل بل الاصول العملية ثم اعلم انها ليست بحجة لو كانت مثبتة كغيرها من الاصول المعتبرة لما تثبت في محله من عدم اعتبار الاصل المثبت بالاجماع وغيره وذلك مثل ان يتكلم زيد بكلام لا ندري انه سلام او تحية او سب او اذية ولو كان منحصرا فيهما فانا نحمله على الصحة بمعنى عدم جواز ترتيب احكام السب عليه ولكن لا نحكم بثبوت السلام وتحققه حتى يجري عليه احكامه من وجوب الرد وغيره **مسئلة** اذا رضي المؤمن بالغيبة فهل يرتفع حرمتها ام لا تحقيق الكلام فيها يتوقف على رسم مقدمة في بيان الحق واقسامه واحكامه فنقول الحق ما جعله الله على الغير ان كان لنفسه فقط فهو حق الله محضا كالصلوة والصوم وحل الشرب والزوجة وان كان لغيره كك فهو حق الناس محضا كالدين والمهر وحق الخيار والشفعة وحق القذف وان كان ذا جهتين فذا جهتين كالخمس والزكوة والكفارات والنذورات لما يرد وشبهها فان الله تعالى جعلها على المكلفين لنفسه غاية الامر انه امر بصرفها في محال خاصة ومن احكام الاول عدم ارتفاعه عنه الا برضاء الله تعالى والوجه ظاهر ومن احكام الثاني ارتفاعه برضاء من له الحق ضرورة كفاية ابراء الدين ومن لها المهر في فراغ ذمة المديون والناكح ولا يرتبط هذا برضاء الله تعالى بمعنى عدم توقف ما ذكر عليه بحسب نفس الامر بمعنى حصول الفراغ المذكور مع عدم الرضاء منه تعالى ضرورة ان الرضا منه تعالى متحقق فيه ايضا كيف ولا يعقل النزاع لو لم يكن البارئ تعالى راضيا فتدبر ومن احكام الثالث عدم ارتفاعه الا برضاهما وهو ظاهر ايضا ثم ان ما يرتبط من الحق مطلقا بالناس على قسمين قسم يعرض وجوده او عدمه في الخارج مطلقا الحكمة اقتضته كالقتل والجرح والزنا واللواط وقسم هو يعرض وجوده او عدمه فيه بشرط عدم الرضا منهم اما الاول فلا يؤثر فيه الرضا في رفع الحكم نعم لو خالف الحالف لا يؤخذ به من اجل الناس لحدوث العفو عنه بعدا والرضا مقارنا للفعل واما الثاني فالرضا به يرفع الحكم لارتفاع موضوعه ضرورة

كونه مقيدا بعدم الرضا او المفروض حصوله وذلك كالتصرف في الاموال والحقوق فان التصرف
حيلة حراما بدون الاذن فاذا رضى فقد يقع الموضوع وباد ثقفا ء ينقع الحكم فكونه تابعا له
يكون فيه معصية ولا مواخذة ثم لو اتى به بدون الاذن ثم عفى عنه من له المال والحق ينقع
المواخذة من اجله ولكن لا يوثر هذا في رفع الحرمة السابقة المحققة حال الفعل ضرورة بقاء
المخالفة والعصيان وعدم ارتفاعهما بالعفو وانما المرتفع به المواخذة فتحقق مما ذكرنا عدم
اجداء العفو والرضا في رفع الحكم الا فيما كان الموضوع مقيدا بعدم الرضا وقد حصل منه قبله
الاتيان به وعلمه وهذا ليس من باب بقاء الموضوع ودفع الحكم بل من باب انتفاء الحكم
بانتفاء الموضوع اذا عرفت ذلك فنقول الغيبة اما حق الله محضا كما يظهر ممن تقدم حيث حكموا
بكفاية التوبة فيها وعدم الحاجة الى الاسترضاء كما سنبينه عليه ان شاء الله واما ذو جهتين
ولكن مبغوض عند الشارع وجودها مطلقا كالقتل والجرح وكالخمس والزكوة فانهما ذو جهتين
ايضا ولكن مبغوض عند الشارع تركهما وان رضى به السادات والفقراء وذلك لثبوت
الاستفصال في الادلة المفيد للحرمة المطلقة وظاهر بعض منها كقوله تعالى ان الله لا يحب الجهر
بالسوء من القول الخ فان المتفاهم منها المبغوضية المطلقة كنظائرها والاستقراء في الادلة
الشرعية المقتضي الدلالة الاشارة الدال على حرمة اذلال المومن مطلقا ولو من نفسه فان
الرضا ليس باعظم منه هذا مضافا الى القاعدة المحققة في محلها من ان الاصل في متعلق الامر
والنهي ان يكون عبادة فتامل وفاقا لجمع من المحققين منهم بعض الاجلة من مشايخنا المتاخرين
وان خالف فيه بعض المدققين من مشايخي ادام الله بقائه وحكم بان الاصل فيه التوصل في
الاصول اللفظية من الاستصحاب وغيره للشك في ارتفاع الحرمة بالاذن والرضا فتنتهي
ودوامها بارتفاعها بارتفاع الموضوع كما سمعنا من شيخنا الاستاد حيث حكم بنفي الغيبة اساسا
بعد الاذن والرضا معللا بعدم صدق حدها لا لغة ولا عرفا واعلمه المامومن ماخوذ فيه

قيد الكراهة ولكنه كما ترى فان المدار كما تقدم الكراهة الثابتة فتامل جيدا مسئلة هل يكفي
في رفع الاثم في الغيبة التوبة فقط مطلقا او يحتاج معها الى الاسترضاء من المغتاب كل او بعض
بين من اسمعه المغتاب فالثاني او لا فالاول وجوه بل اقوال اظهرها الاول وفاقا للشيخ فيما حكى عنه
في شرحه على القواعد وتلميذه في الجواهر والشيخ الاستاد دام مجده والمكاسب لبعض المدققين من
مشايخي دام بقائه لعموم ما دل على اجزاء التوبة عن المعاصي وان الله يغفر بها جميع الذنوب مثل
قوله تعالى ان الله لا يغفر ان يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء ومثل قوله تعالى ان الله يغفر
الذنوب جميعا الا غير ذلك من الايات والاخبار والسيرة القطعية من زمن النبي الى زماننا
هذا على الاكتفاء بالتوبة الا مع الاوحدي مع عدم ردع منهم عم وعدم ورود الاخبار المانعة
على فرض تسليم سندها لا يكفي لاثبات الحكم لا الامر بالمعروف والنهي عن المنكر بالمعنى
الاخص مع انه واجب على حدة ايضا وهنا يقدح في دلالة النصوص الاتية على وجوب الاستحلال
فافهم ومجرد تعلقها بالناس ايضا لا يدل على وجوب طلب البرائة والرضا منهم
في رفعها بل هو اعم لعدم التلازم بينهما لا عقلا ولا شرعا وما نرى من التوقف في الموارد الخاصة
كالاموال ونحوها انما هو بدليل خاص لا لمجرد التعلق المذكور وللقول الثاني انها من
حقوق الناس لتوقف رفعها على ابراء صاحبها واسقاطه ورضائه اما الاول فلانه ظلم
على المغتاب وللاخبار الواردة في ان من حق المومن على المومن ان لا يغتابه وان حرمة
عرض المسلم كحرمة دمه وماله واما الثاني فللنصوص المستفيضة منها ان الغيبة لا تغفر
حتى يغفر صاحبها وانها ناقلة للحسنات والسيئات ومنها ما حكاه غير واحد عن الشيخ الكراجكي
قدس سره باسناده المتصل الى علي بن الحسين عم عن ابيه عن ابائه عم عن امير المومنين عم قال قال
رسول الله للمومن على اخيه ثلثون حقا لا براءة له منها الا باداءها او العفو الا ان قال سمعت رسول
الله يقول ان احدكم ليدع من حقوق اخيه شيئا فيطالب به يوم القيمة ويقضى له عليه وغير ذلك من

من الاخبار والجواب عن الجميع انها اخبار غير نقية السند اعرض عنها المشهور بل لا يبعد استظهار
الاجماع على خلافها بالتتبع في كلماتهم فلا يخرج بما ذكرنا وعن مقتضى الاصول القطعية من اصالة
البرائة عن وجوب الاستحلال وهذا على انا لو اغمضنا النظر عن سندها فلا دلالة فيها على
مدعاه كيف والرواية حقوق اخر لا قائل بوجوب البرائة عنها فيسقطها انها في مقام بيان الكمال
من حيث رجحان الاتيان بها لا وجوبها فتامل وبما بينا ظهر وهن ما قاله الشهيد ره في كشف
الريبة من امكان الجمع بين ما تقدم انفا وبين ما روى السكوني عن ابي عبد الله عم عن النبي
ان كفارة الاغتياب ان يستغفر لمن اغتبته كلما ذكرته وعلى ما اذا لم يبلغ الغيبة المغتاب
وحمل ما تقدم ما بلغه مع امكان التوصل اليه ينبغي له الدعاء والاستغفار في الاول
في تحلل الاثارة للفتنة والتحلل في الثاني وفي حكم من لم يبلغ الغيبة من لم يقدر على الوصول
اليه لموت او غيبة وذلك لانه جمع تبرعي لا شاهد عليه فتامل وعنده ظهر عدم وجوب الا
ستغفار للمغتاب من باب الكفارة كالاستحلال والبرائة فما ذكر من الرواية محمول على
الاستحباب دون الفرض والايجاب للشايع في ادلة الباب ولكن الاحتياط لا ينبغي
ان يترك فتحقق مما ذكرنا انه لا يكون الغيبة كفارة واجبة من الاستغفار للمغتاب وعدمه
نعم لها كفارة مستحبة وهي الاستغفار الوارد في الرواية اللهم اغفر لمن اغتبناه واغتابنا
واحفظ من كيد الشيطان والنفس الامارة بالسوء والطغيان بحق محمد والامناء الرحمن عليهم
صلوات الله الملك المنان تتميم في اقسام الغيبة بحسب الموضوع والحكم وما يتعلق به فنقول
بحسب الموضوع تنقسم الى ظاهر وجلي والى مستور وخفي والى اخفى اما الاول فمشهور مستغنى
واما الثاني كما في التعريض مثلا انا لا احضر مجلس الحكام انا لا اكل اموال الايتام مشيرا الى
تلبس الغير بذلك ومنه الايماء والاشارة الى نقص في العين وان كان حاضرا ومنه
تنقص مستحق الغيبة لينتقص به على عيوب اخر غير مستحق للغيبة واما الثالث فكما ان يلام نفسه

نفسه بذكر طرائق غير محمودة فليس متصفا بها على عورات غيره ومن ذلك اغتمام الانسان
بسبب ما يتلى به اخوه في الدين لاصل امر يرجع الى نقص في فضله او دابه فيذكر الغم في مقام
طلبه بما يكره ظهوره للغير مع انه كان يمكنه بيان حاله للغير على وجه لا يذكر اسمه فيكون قد
احرز ثواب الاغتمام على ما اصاب المومن لكنه الشيطان يخدعه ويوقعه في ذكر الاسم وقد
وجدنا هذا شغل كثير من المنافقين والكل حرام لعموم الادلة المتقدمة بل لا يبعد كون الثاني
اشد اثما او فاعله اسوء حالا كما لا يخفى واما بحسب الحكم فتنقسم الى الاحكام الخمسة اما
الحرام منها فظاهر لا مسوغ فيه واما الواجب فكما في مقام الامر بالمعروف والنهي عن المنكر
والجرح في الشهادة ونحوها واما المستحب فكغيبة المخالفين واهل البدع فيما لا يتحقق سبب
الوجوب والتظلم للظالم واما المكروه فكغيبة المتجاهر في غير ما تجاهر به وفي غير بلد التجاهر
وشبهه مما يكون مقتضى الادلة جوازه والاحوط التورع عنه واما المباح فكغيبة المتجاهر
بالفسق ونحوه واما بحسب ما يتعلق به فتنقسم الى اقسام كثيرة منها ما يتعلق ببدنه كان يقول
فلان اجذم وابرص ونحوهما ومنها ما يتعلق بنسبه كان يقول فلان من نسل فلان
الاسكاف والحايك ومن قبيلة تميم ونحوهما من انساب المعدودة عيبا في العرف
ومنها ما يتعلق بخلقه كان يقول فلان سيئ الخلق بخيل متكبر وشديد الغضب جبان
ضعيف القلب ونحوها ومنها ما يتعلق بفعله كان يقول فلان سارق شارب خائن
متهاون بالناس كثير الاكل والنوم يجلس في مكان لا يكون شانه الجلوس ومنها ما
يتعلق بقوله كان يقول فلان غامض البيان ملحون الكلام ناطق بما لا يكون شانه التعلق
به ومنها ما يتعلق بما هو متعلق بالشخص من ثوبه كان يقول انه واسع الكم طويل الذيل
وسخ الثياب ونحو ذلك ودراه كان يقول مثل هذه الدار لا يليق به او مكان
الاراذل والاوباش ومناسبة للقاذورات ومشبه ذلك ودابته كان يقول دابته

خلاف ابيه او مقطوع الاذن او غير ذلك او يشبهه به وكان يقول له سيف من حديد مشبه بالسكين
مناسب للعصا يمشي الى غير ذلك وكذا كان يقول له كتب غير معين او غير متقن منها
او غيره مما يتعلق به ووراءها صفته متكثرة وروي عن ابي عبد الله عليه السلام التنبيه عليها اجمالا
بقوله اصل الغيبة تتنوع بعشرة انواع شفاء غيظ ومساعدة قوم وتصديق خبر بلا كشفه
وتهمة وسوء ظن وحسد وسخرية وتعجب وتبرم وتزيين الخبر والجميع حرام لعموم الادلة السالفة

ايقاظ ينبغي للمتورع ان يتحلى نفسه بالاخلاق الفاضلة ويخليها عن الاوصاف الرذيلة المزورة
بالرجوع الى الكتب المصنفة فيها والمجاهدات النفسانية حتى يرفع عنها الاسباب المزورة لها
اذ ما هيهنا اسباب كثيرة ومقتضيات متشعبة موجبة لاثار الغيبة باعانة الشيطان والنفس الا
مارة لا يمكن دفعها الا بما ذكرناه ولما كان صعبا في الغاية ومن صنايع المشتغلين بالحكم
بالعالم الملكوتية ولا يتحرى فيه الا الاوحدي من هذه الامة نجد ناسا مشغولين بهذه المعصية في
اليوم والليلة وطول الشهر والسنة اعاذنا الله من هذه السجية المهلكة في الدنيا والاخرة

مسئلة ومما يحرم التكسب به الكذب والكلام يقع فيه في مقامات **المقام الاول** في
موضوعه والاختلاف فيه معروف مشهور والحق وفاقا للجمهور انه مخالفة الخبر مع الواقع
للتبادر وعدم صحة السلب وغيرهما من الامارات على ان الشهرة كافية لكونها مسئلة لغوية
والامارات فيها معتبرة وهي من اعظمها وبالجملة هذا مما لا شبهة فيه وان اشتبه فيه الا
على بعض كالجاحظ والنظام وانما الاشكال في امر واحد منها ان معروضه هل هو النسبة
اللفظية المتفاهمة ولو لم تكن مقصودة واقعية كما في التورية او النسبة المقصودة سواء
اراد افادتها للمخاطب كما هو الغالب في الكلام او لم يرد افادتها له بل يريد عدم افهامه
لها كما في التورية ضرورة ان النسبة المقصودة فيها غير النسبة المتفاهمة من ظاهر الكلام
اذ هي ان يريد المتكلم باللفظ معنى مطابقا للواقع ويقصد من ذلك ان يفهم المخاطب خلاف
ما اراده

ما اراده وذلك مثل ما هو مشهور في قصة ابي لؤلؤ من ان عليا عليه السلام غير مكانه ثم سئل عنه فقال
لمراده حيث اراد ثم علام ودينه من زمن كونه فيه ومثل ان يقسم البايع في مقام بيان راس
المال لمن هو من العلوم بين يديه ان ثمنه كذا واراد منه ابا ابيه وهكذا فالذي يظهر من الشيخ
هو الثاني حيث قال او يجب التورية عند الضرورة الى الكذب بما يخرج به عنه ان امكنت بل هو
يرض المحقق الثاني بالجمع بين الحلف كاذبا ووجوب التورية من العلامة ره في القواعد حيث
اعترض عليه في مسئلة الوديعة اذا طالبها ظالم بان العبارة لا تخلو من مناقشة حيث
تقتضي ثبوت الكذب مع التورية ومعلوم ان لا كذب معها والمصرح به في كلام بعض الافاضل
ان المعتبر في اتصاف الخبر بالصدق والكذب هو ما يفهم من ظاهر الكلام لا ما هو المراد
منه فلو قال رايت حمارا واراد منه البليد من دون نصب قرينة فهو متصف بالكذب
وان لم يكن المراد مخالفا للواقع وتوقف في الجواهر من عبارته حيث قال والتورية والهزل من
غير قرينة داخل في اسمه وحكمه والمنصور المشهور وفاقا لبعض المدققين من مشايخي ضرورة
صدق الصدق عليه بعد الاطلاع على مقصوده وسلب الكذب عنه وكون المتبادر منه
عرفا مخالفة النسبة المقصودة للواقع وما يشاهد من حمل الكذب عليه اذا تبين خلاف
النسبة الظاهرة فمن باب القصور او التقصير وعدم التفطن الى التورية والا فلو اطلع
عليها اما بنفسه او بتنبيه الغير لا يحكم بكذبه وبالجملة حمله عليه من اجل اعتقاده بان
هذا هو المراد والخبر ومقصوده فاذا تبين الخطاء في العلة تبين الخطاء في المعلول على انه
يكفينا الشهرة لما تقدم انفا هذا مضافا الى الروايات فانه يستفاد منها عدم كون
التورية كذبا منها ما روي ايضا من انه سئل عن قوله عز وجل حكاية عن ابراهيم اني سقيم
قال ما كان ابراهيم سقيما وما كذب انما عنى سقيما في دينه فانه فهم منه عليه السلام كبرى كلية يعني
انه كلما لم يكن المعنى والمقصود مخالفا للواقع وان كان الكلام بظاهره يدل على خلافه لم يكن

كذبا ومن الامور ان الكذب هل يختص بالاقوال او يعم الافعال فيتصف الكتابة والا
شارة وغيرهما من الافعال بالكذب الظاهر من المشهور فيه الاول حيث اخذوا في
تفسيره الخبر والكلام ويفهم من الجواهر التوقف واما الكذب في الافعال فلا يخلو عن اشكال
ولعل المشهور اقرب للشك في الصدق لو لم نقل بصحة سلبه عنها عرفا مع انه ليس ببعيد
كما دل الغير فاحفظ هذا فان كثير النفع في الفروع ومنها انه بعد ما بينا انه من صفات
القول فهل يتصف به الوعد والوعيد والانشاءات المنبئة على الاخبار مثل قول الفقيه اذا
سئل عن حال الجنب اغتسل فانه ينبئ على انه جنب ونحوه والمركبات الناقصة المشتملة على
النسبة الغير الخبرية كغلام زيد ورجل فاضل قبل اولا الاقوى القول الثاني للسلب وتبادر الغير
وغيرهما نعم لو لم يكن الوعد في مقام الثناء والوعيد في مقام التحذير بل قصد بهما الاخبار
عن الاستقبال فيتصفان به ضرورة ان محله وموارده مطلق الخبر سواء كان عن الماضي
او الحال او الاستقبال وكذا يتصف به الاخبار المتولدة عن الانشاء كما في المثال المذكور
انه ابلغ مطلق الخبر الضمني المقابل للصريح سواء تولد من الانشاء او غيره لا نفس الانشاء من
هذه الحيثية وذلك لان المتفاهم عنه مخالفة الخبر للواقع الاعم من الصريحي والضمني والظاهر
ممنوع **المقام الثاني** في حكمه فنقول هو حرام بحكم جميع الادلة الاربعة بل حرمته من الضروريات
كما في الجواهر وكلام بعض الاجلة حيث قال الكذب حرام بضرورة العقول والاديان فتامل
المقام الثالث في مسوغات الكذب فاعلم انه يجوز في موضعين احدهما ما اضطر اليه
بان يترتب مفسدة على تركه من تلف نفس محترمة او مال كان اجحافا على صاحبه او هتك
عرض محترم فانه يجوز الكذب حينئذ باقتضاء جميع الادلة الاربعة ثم اعلم ان مع القدرة على
التورية لا يتحقق الاضطرار لما مر من انها صدق وحرمتهما من باب الاغراء بغير فاحشة
في اختيارها لانه من باب ارتكاب اقل القبيحين ضرورة انها اقل قبحا من الكذب لاجل كونها
صدقا

كونها صدقا فيتعين عليه اذا لم تدفع المفسدة بها او اذا لم يتمكن من الصدق اصلا او لو في وفيه يجوز
الكذب بل يجب كما هو مقتضى الادلة ومن اجل هذا ذهب المشهور الى وجوب التورية مع القدرة
ولا ينافيه اطلاق الاخبار الواردة في جواز الحلف كاذبا لكونه واردا مورد حكم اخر مع انه
منصرف الى ما لا يقدر على الصدق واسا وايضا لا ينافي ما بيناه من وجوبه او جوازه في
مقام الضرورة قبحه الذاتي مع ان ما بالذات لا يختلف ولا يتخلف من الكذب وانما التخلف
اثره فقط فتدبر **وثانيهما** اذا اراد الاصلاح فانه قد استفاضت الاخبار بجواز الكذب وقع
في صحيحة معوية بن عمار على ما في كلام بعض مشايخي المصلح ليس بكذاب وبهذا المضمون اخبار
كثيرة **تذنيب** يحرم الافعال الحاكية عن النسبة المخالفة للواقع وان لم يكن كذبا كما مر للقبح العقلي
ضرورة عدم مدخلية القول في القبح وكذا التورية وهل يجري عليهما سائر احكام الكذب من
كونه كبيرة ومفسدا للصوم لو كان على الله ورسوله وجهان احدهما نعم لتنقيح المناط والاخر العدم
لعدم شمول الاخبار لهما لما مر من عدم كونهما كذبا ومنع تنقيح المناط والمسئلة لا تخلو عن
اشكال ومثلهما المرة في الاقوال والافعال الحاكية عن النسبة مع كونه شاكا فيها لكونها فتوى
بغير علم وقد نهي عنها في الكتاب والاخبار فتامل **مهمات** الاول انه ليس من الكذب المبالغة
في وصف المحبوب سواء كان في نظم او نثر لوضوح عدم تعلق القصد بالنسبة المتفاهمة عنها
من حيث هي هي وقد عرفت ان معروض الكذب النسبة المقصودة لو قلنا بكونه النسبة الظاهرة
المتفاهمة من ظاهر اللفظ لا يكون كذبا ايضا ضرورة انه في مقام لم يكن قرينة قائمة عليها
فلينتزع عنه لا لكونه كذبا بالعدم مخالفة النسبة المقصودة للواقع بل للايقاع في خلاف الواقع
والاغراء به واطمئنا ومما هو ليس بمعتقد له وان كان يمكن ادراجه في الكذب من حيث ان معروضه
النسبة المقصودة بالافادة وان لم يتعلق بها الاذعان والاعتقاد فتامل ثم اعلم ان ما هو
المتداول في زماننا من قدح المتوسلين والمتشخصين المدعين عن الدين في رؤس المنابر
دين

المكاتيب وظهورها حرام بعين اليقين بقضاء العقل والاجماع والسنة والكتاب المبين
مضافا الى انه مدح من لا يستحق المدح او يستحق الذم كذبا ايضا وقد عرفت انه حرام بمقتضاء
جميع الادلة لا سيما في مثل المفروض الذي يترتب عليه مفاسد كثيرة ولا يمكن تصحيحها با
لمبالغة لانها غير ابنية في كل مقام الثاني ان المحرم من الكذب انما هو ما افاد النسبة المخالفة
للواقع مع عدم العلم بمطابقتها او الظن المعتبر فلو علم بها او ظن على وجه يكون حجة كالظن با
لاحكام الشرعية الحاصلة من الامارات المعتبرة ثم تبين المخالفة لا يكون محرما وان كان
كذبا ضرورة عدم شمول الادلة المحرمة له وعلى فرض الشمول يقيد بغيره بحكم العقل القاطع
مضافا الى ما دل على جواز الاخبار عن علم او ظن المعتبر وبالجملة هذا واضح لا سترة عليه الثالث
ان موضوع الكذب انما هو النسبة الكلامية المقصودة بالافادة المخالفة للواقع ونفس الا
بما سواء تعلق الاعتقاد بها كما في المركب او جهلا بها كالكاذب المتعمد فلو انتفى الافادة ينتفي
الكذب ايضا فالقضايا الصادرة بدون المخاطبة ومنها العبارات اللفظية التي مضمونها
غير محقق بالنسبة الى المتكلم كما في الدعاء المشهور المشتمل على عدم الوفود من اجل ثقل الذنوب
وتقلقل الاحشاء وغيرها ضرورة ان المتعبد بها انما هو لفظها وليس المتكلم بها للافادة
ولذا يتجه كلام من لا يدري معناها اصلا كالاكراد مثلا ليست بكذب لانتفاء الافادة
الفعلية والافادة الشانية بمعنى ان من شانها الافادة لو خوطب بها غير مجدية فلا يحرم
هذا ولا يترتب عليه احكام الكذب ولعله من اجل هذا حكم بعض المشايخ بعدم الحرمة لصائم
الصوم لو كان على الله ورسوله وقلنا به على انه لو سلمنا الصدق فتمنع الحرمة لعدم
تادية اما العقل فظاهر واما النقل فلا اطلاق عن مثله ولا اقل من الشك فيندفع الحرمة
بالاصل الرابع انه ليس من الكذب النسبة الى الشانية الحال ضرورة موافقتها للواقع من
هذه الجهة وان كان القايل ملبسا بلباس الحال لم يتكلم به ملبسا بالمقال فان المناسب للتشبيه

البر

اليه من هذه الحيثية الخامس انه لا خلاف في جواز نسبة الرواية الى النبي ص والائمة ع ممن لا يهتدي
الى اعتبارها وعدمه وان بلغ من العلم ما بلغ فلا يكفي في النسبة مجرد الظن بالصدور الحاصل
للعالم بالرجال وكذا مجرد وجدانها في الكتب المعتبرة كجلاء العيون للعلامة المجلسي ره وغيره
ضرورة ان للاعتبار جهات اخرى لا يهتدي اليها غير المجتهد والفقيه وذلك للنهي عن القول
بغير علم جرح الفقيه لما دل على اعتبارها فانه يجيد فرع لا يجوز المباهتة والكذب على الكفار
والمخالفين واهل البدع لعموم الادلة ولزوما ورود الامر بالمباهتة عليهم محمول على ما اذا
لم يحفظ الدين بدونها او غيرها من المحامل الموافق للقوانين الشرعية فنبني من هذا
جواز الكذب بل قد يجب وجوبه اذا توقف عليه حفظ الدين ضرورة غلبة مصلحته على
مفسدته كحفظ النفس المحترمة والاعراض والامور المعصومة فيكون الحكم تابعا للجهة الغا
عما مر واما الكذب لترويج المذهب ونشره فلا يجوز لعموم الادلة خلافا لبعض الا
عيان المتكلمين من العامة كما في المحاسن حيث جوزوه وهو افتراء وخرافة وان الله يحق الحق
ويبطل الباطل مسئلة ومما يحرم التكسب به السحر ويقع البحث فيه في مواضع الاول في موضوعه
اللغوي قال الجوهري في الصحاح السحر الاخذة وما لطف مأخذه ودق وبني للخديعة وقال
احمد بن فارس ره في المجمل السحر اخراج الباطل بصورة الحق وقيل الخديعة وعن بعض انه صرف
الشيء عن وجهه وفي مجمع البحرين السحر بالكسر والسكون كلام او رقية او عمل يؤثر في بدن الانسان
او قلبه او عقله والنقل في كلماتهم يقتضي اشتراكه بين الاخذة وهي الرقية ما ينفث وبه وما
لطف مأخذه ودق والخدعة كما هو ظاهر كلام الصحاح وفي الجوهري وعدم التنقل في كلام
كالتمريض بالنسبة الى الثالث في كلام المجمل لو نباهة ما ذكرناه سابق في محله من تقديم قول
المثبت على النافي فتأمل واما الفقهاء فقد عرفوه بحدود كثيرة اكثرها مدخول منها ما في القواعد
غيرها انه كلام يتكلم به او يكتبه او رقية او يعمل شيئا يؤثر في بدن المسحور او قلبه او عقله

من غير مباشرة ونحوه عن المنتهى مع زيادة عقد والظاهر انه تعريف للمعنى لا الى الصناعي والمصدري وان
كان يمكن تنزيله على المعنى المصدري وجعل الكلام بالمعنى الحدثي المصدري فيرد عليه لزوم كون
الكلام والكتابة الموجبين لهلاكة المسحور كما في قصة امير المؤمنين عم مع همام وصعقه ونحوهما
سحرا مع انه ليس بسحر قطعا وعدم كون مثل الصحاصحة ونحو من العدم ارتباطه بالمسحور
مع انه سحر قطعا مع ان كلمة او يعمل لا يستقيم بحسب العربية لظاهر العدم صحة عطفه على ما
تقدمه ومنها ما في الدروس من جعل الكهانة والسحر بالكلام والكتابة والرقية والدخنة بعقاقير الكواكب
وتصفية النفس والتصوير والنفث والاقسام والعزايم بما لا يفهم معناه ويضر بالغير فعله
ومن السحر استخدام الملائكة والجن واستنزال الشياطين في كشف الغائبات وعلاج المصاب ومنه
الاستحضار بتلبيس الروح ببدن منفعل كالصبي والمراة وكشف الغائب عن لسانه ومنه النير
نجات وهي اظهار غرائب خواص الامتزاجات ويلحق به الطلسمات وهي تمزيج القوى العالية الفاعلة
بالقوى السافلة المنفعلة ليحدث عنها فعل غريب والظاهر منه رحمه هذا بيان للمحرم من السحر
لا انه حد السحر مطلقا على انه يرد عليه ايضا ان التصفية مطلقا ليست سحرا كيف لو كانت شيطانية
ومنه حاصلة بالتاييد من الله سبحانه فانه يحصل منها معجزة وكرامة فيمنع تقييدها بالشيطانية
كما في الفلاسفة والصوفية وان تقييد العزائم بما لا يفهم معناه لا وجه له لو كان معلوما
ضرورة ان المسحور لو فهم معناه يكون سحرا وكذا لو كان مجهولا لصدق الوجه وان لم يفهم معناه
وان التقييد بالمضرة ايضا لا وجه له لصدق العرفي له ولو لم يضر بالغير الله الا ان يقول التقييد
لعدم كون مثل هذا السحر حقيقة حراما وهو مطالب بالدليل وان جعل الطلسمات ملحقا بالسحر فاسد
فانها سحر حقيقة لغة وعرفا كما ان عد النيرنجات مثله فانه ليس بسحر عرفا وقال في الشياطين الا
ستنزال لكونهم مخلوقين من نار فيميلون الى مراكزهم فيكونون في الهواء لعدم تمكنهم من
الصعود الى السماء اقول وفيه تامل فان ذلك لو كان علة يأتي في الجن لكونهم متكونين من نار

فتدبر

فتدبر ومنها ما في المسالك انه كلام او كتابة او رقية او اقسام وعزائم يحدث بسببها ضرر على
الغير وظهر فساده مما سبق على انه لا وجه للجمع بين الرقية والعزائم فان الرقية هي العوذة
والعزائم بمعناها ايضا اقول فيه نظر فان العزائم على ما يستفاد من كلامهم الاستعانة با
لارواح الساذجة كما في بعض الصحاح والارواح الارضية كما في اخر والمراد بها الجن كما في المجا
وهي الاولى منهما هاهنا لا ما ذكروه في اللغة ولا يبعد ان يكون المراد بها الادعية المعروفة
المشتملة على الفاظ غير عربية التي تقرؤ على من تلبس بسببه الجن وضايق من ان العزم على المصروع
ويزعم انه يجمع الجن فيأمرها بالطبيعة فهو عندي باطل لا حقيقة له وانما هو من الخرافات
ومنها ما في الايضاح للفخر انه استحداث الخوارق بمجرد التاثيرات النفسانية وبالاستعانة با
لفلكيات فقط او على سبيل تمزيج القوى السماوية بالقوى الارضية او على سبيل الاستعانة
بالارواح الساذجة وقد خص اهل العقول الاول باسم السحر والثاني بدعوة الكواكب و
الثالث بالطلسمات والرابع بالعزائم ويدخل فيه النيرنجات والكل لذلك محرم في شريعة الاسلام
مستحله كافر واما ما كان على سبيل الاستعانة بخواص الاجسام السفلية فهو علم الخواص او على
سبيل الاستعانة بالنسب الرياضية فهو علم الحيل وجر الاثقال وهذان النوعان
لا اعتراف ليسا من السحر ويرد عليه ايضا بعض ما مر اقول والحكاية عن الفخر في الايضاح في عبارة
بعض هكذا كما في الجواهر انه استحداث الخوارق اما بمجرد التاثيرات النفسانية وهو السحر او
بالاستعانة بالفلكيات فقط وهو دعوة الكواكب او بتمزيج القوى السماوية بالقوى
الارضية وهو الطلسمات او على سبيل الاستعانة بالارواح الساذجة وهي العزائم الى اخر ما
ذكره ونقل عنه الشيخ قدس سره في شرح القواعد انه استحداث الخوارق بمجرد التاثيرات النفسانية
واقتصر عليه ومنها في شرح القواعد للشيخ الفقيه قدس سره انه يرجع فيه الى العرف العام وحوله
انه عبارة عن ايجاد شيء تترتب عليه اثار غريبة واحوال عجيبة بالنسبة الى العادة بحيث

ابع

وعوات
يشبه الكرامات ونوهم انها من المعجزات المثبتة للنبوات من غير استثناء والى الشعبذات بوزن او نحوها من المأثورات واما ما اخذ من الشرع كالعوذ والهياكل وبعض الطلسمات فليست منه بل هي بعيدة منه ويرد عليه لزوم جعل افعال الله تعالى وعمل الافريخ والنظر بالعين للاشاعة سحرا لصدق حد عليها كما ترى وبهذا ظهر فساد ما عرفه به بعضهم من انه عمل يستفاد من ملكة نفسانية يقتدر بها على افعال غريبة واسباب خفية ويشبه كلام الشيخ في الجواهر حيث ذكر كلمات الفقهاء واللغويين ولم يرجح شيئا بل بقي فيه على انه لا يعرف الا الماهرون في علم السحر البحي من بعض الاساطين من مشايخنا المدققين حيث اعترض عن تحقيق الموضوع معللا بانه لا فائدة فيه فان المهم بيان حكم لا موضوعه وهو كما ترى فانه لا يستفاد حكم ما اختلف في كونه سحرا الاصل اولا مضافا الى ان لا احكاما خاصة غير الحرمة من الحد وغيره تابعة للصدق واجمال التحقيق في تعريفه التام الخالي عن النقض والابرام ما ذكره النحرير في الايضاح ولكن بزيادة تقييد النفسانية بالسببية ليخرج المعجزات والكرامات ثم المراد بالخوارق ما كان خارقا للعادة بحسب ما في ابدينا وان كان في قطر من الارض متعارفا كما يحكى عن اهل الاقليم الاول او صار متعارفا بالتعليم والتعلم والعمل وبالجملة جميع ما يحتوي تحديده عليه يسمى في العرف العام سحرا فلو تبين في الخارج الصدق او عدمه فالحكم واضح ولو شك فيه فمصداق لزم الرفع لا لاصل العدم لا علم كونه سحرا بل لعدم حدوث السحر بهذا الفعل ثم انهم اختلفوا في انه هل له تأثير حقيقي ام لا بل هو مجرد تخييل اقوال اظهرها التفصيل بمعنى ان له تأثيرا حقيقيا في بعض الموارد كما في العقد واطاعة الجن ونحوها وليس له تأثير حقيقي في اخر وانما هو مجرد تخييل كما في كثير من موارده لنا عليه الوجدان الحاصل المنقول بالنقل المتواتر فانه كثيرا ما شوهد ممنوعية الرجل من المرأة بالوطي بالعقد مع انه القطع بعدم عروض شيء اخر من الرطوبة المفرطة والحرارة كذلك والمرض ونحوها ودعوى انه ليس من اثار السحر بل من اثار الوهم والخيال فانه ليس له اثر قطعا ممنوعة بالوجدان الصحيح الدال

هو

ابع

هاروت
الذي هو اقوى من العيان وحكم الاطباء وثانيا الكتاب مثل قوله تعالى في قصة هاروت وماروت ويتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه فانه ظاهر في حصول الفرقة ولو لم ندع صراحته ولا ينافيه بحسب هذه الاية كما قد يتوهم وهو قوله وما هم بضارين من احد الا باذن الله حرزوده انه ايضا في مقام ابراز كمال القدرة بمعنى انه لنا ان نمنع السبب عن سببيه كما في نار ابراهيم على نبينا وعليه السلام فانه قد ورد في الحديث انه لولم يقل الله سلاما لاهلك ابراهيم من شدة برده لانه ليس للاثر بل مثل ايضا انه دلالة على الاثر كالصد ومن وجهين احدهما لفظة ضارين فانها ظاهرة في انها سبب للضرر وانما الاخر الاستثناء لما حقق في محله من ان الاستثناء من النفي اثبات ودعوى ان الاذن باذن في العزو للتجهر وهو ممنوع عند من وقف على كون كل حرف قبيحا وهو كما ترى فان كثيرا منه مباح بل حسن كقتل الكفار واسر ذراريهم ونهب اموالهم لا لاجوزات ما يكون هنا فيه من هذا القبيل ايضا بمعنى انه تعالى باذن في العزو فيجوز كان مستحقا له مع ان هذا مبني على كون الاذن في الاية بمعنى الرخصة لا لاجل العلم فانه من معانيه الحقيقية اللغوية والوعيد على العالم بمعنى انه لا يعزب عن علمه سوف يحاسب العامل به يوم القيمة ويجزي بما يعمل كما انه لا ينافيه قوله تعالى يخيل اليه من سحرهم انها تسعى لانا في مقام اثبات الموجبة الجزئية ومفاد الاية على فرض تسليم دلالتها سالبة جزئية وهي لا تنافيها كما لا يخفى فهي ايضا دليل لنا على احدى شطري مدعانا من عدم كونه مؤثرا في الجملة ووجه تخييل السعي كما ذكر في محله ان السحرة بعد تصديق موسى عليه السلام ذكروا لاصحابهم بانهم يطلون الحبال والعصي بالزيبق وجعل الوعد وقت ارتفاع الشمس فاثرت الشمس الذي في الزيبق بما في كنهها المائين في محله من ان حرارة الشمس تؤثر في الحركة فتخيلوا انها تتحرك بنفسه والاخبار الكثيرة يدل على ما ذكرنا لا على ما ذكره الخصم كما توهم وعليك بالتامل فيها وللمنكرين للتاثير مطلقا منهم الشيخ في الخلاف والعلامة في

ابع

قواعده والنحرير في شرحه بل نسبه الشهيد ره في المسالك وجوه عقلية ونقلية اما النقلية فجملة من الاخبار التي لا دلالة فيها اصلا على المطلوب واما العقلية فمنها ما تمسك به الشيخ ره في الخلاف من انه لو اثر وكان له اثر حقيقي لا يحصل الفرق بين السحر والمعجزة فلا يتميز النبي من المتنبي وذلك لان المرجع في التميز العقل فبعد تجويزه الاثر الحقيقي للسحر كما هو المفروض لا سبيل الى الاحتياط لكونه خارقا للعادة كالمعاجز وفيه ان الاحتياط لا ينحصر بالواقعية وعدمها حتى يلاحظ العقل فان قطع ببطلانه من طريقه والا فيرجع الى العقلاء الخالين عن شوائب التمييز ويتصدى لتفهيم يحصل له التميز بل يحصل بامور اخر من اللطف على مذهب الامامية والمعتزلة فانه يمتنع على الحكيم اصدار مثل هذا على يد الكاذب لكونه موجبا للاضلال فالساحر مقتضى قاعدة اللطف لا يقدر على السحر في مقام دعوى النبوة والوصاية ونحوهما والعادة على مذهب الاشاعرة فانها استقرت على عدم صدور مثل هذه من الباهت المفتري فيلزم من ابطال النبوات والتشكيك في المعجزات والاقتراح بان يطلبوا من الساحر امورا عظيمة اصعب مما فعل فان السحر صنعة خاصة من الصنائع لا يقتدر الساحر في التاثير كما تقدم فيظهر كذبه بعدم قدرته على المطلوب كما ان يطلب منه قلب الحقايق مثلا كما تقدم فيظهر كذبه بعدم قدرته على المطلوب هذا مضافا الى ان السحر ليس من خوارق العادة بالنسبة الى الكل بل بالاضافة الى العامة ويحصل الفرق فيه من جهة ان السحر داخل في الطاقة البشرية والعقل لا يحيل صدوره منهم بل العادة ايضا كما في سحرة فرعون وحكي انهم كانوا اثني عشر الفا بخلاف المعجزة فان العقل لا يجوز صدوره وهكذا من البشر بالاكتساب والكسب والعمل بل يحكم جزما وبتا فانه لابد وان يظهره الله تعالى على يد ومنها ما تمسك به فيه ايضا من ان اجرا العادة مستمرة على عدم التاثير والتاثير في الافعال بالمباشرة بتوسط او بلا توسط والا يدخل الاثر بل بينهما في الوجود اصلا وفي السحر لا يكون كذلك فان الساحر ربما يسحر في الهند وفي خراسان مثلا فيظهر انه ليس له حقيقة وان توافق وفيه اولا النقض بالعين

الخ

ابع

اصلا
التي لا تنكر كما تشاهد به التجارب القطعية والايات والاخبار المتظافرة فانه لا مباشرة فيها اصلا الا ان قيل المباشرة فيها متحققة من حيث اخراج البصر الخط الشعاعي من المباشر الواقع على سطح المرئي فنقول اولا بحصر اثرها بالنظر والروية فقد حكي وجوب تاثيرها في الغياب ايضا وثانيا بان الاخراج المدعى ممنوع وانما هو كلام يدعيه بعض الحكماء وثالثا مثل هذا يتحقق في الساحر فانه لابد عنده وان يتوجه الى المسحور بنفسه فتدبر ومن ثمرات المسئلة كما في شرح القواعد للشيخ الفقيه قدس سره امكان الاقتصاص من الساحر واخذ الدية بناء على التحقيق والتخييل الموتي دون غيره وان كان تترتب لزوم الحلف والكفارات عليه لو تعلق الالزام بعدم الفعل بناء على الاول دون الاخير والوجه واضح وقال بعض الائمة فضعيف للنزاع في هذه المسئلة اذ لا شك في عقابه وكونه وقتله ان كان مستحلا او مطلقا والتزامه بالدية ان قتل وبعوض ما يفوت سواء كان له حقيقة ام لا لانه من باب العلة او من باب القسم الثالث من السبب وهو ما تولد المباشرة من الابداء فيا لا حسا ولا شرعا ودعوى ان الفقهاء اتفقوا على ثبوت القصاص على ان السحر حقيقة ممنوعة كدعوى ان الثمرة فيه الاقرار بانه قتل زيد بسحره مثلا فانه لو طولب لا ثبات الاقرار فبناء على ان له حقيقة يقاد به والا فلا فانه يمكن منعها ويؤخذ باقراره على القولين فان قال قتلته بسحر يقتل غالبا ونادرا ولكن قصد القتل به يقاد به وان قال قصد قتل بالنادر او اخطات فذكرت اسمه مثلا واردت غيره اخذت الدية منه وسماع اقراره فانه ليس الا نظرات يتولى من كان حاضرا عنده فاني الشهيد فقد رايته في الهند ساعة قبل هذه فانا نقطع بكذبه فلم ناخذه باقراره لعدم شمول ادلة الاقرار لمثله قطعا نعم احتمل الصدق وان كان موهوما فاخذ به للشمول ودعوى الانفراق واهية شيء انهم اختلفوا في ان السحر هل يؤثر في البهيمة ام لا فالمخالفون على جواز التاثير ووقوعه حتى في

نبينا صلى ثم ورد والاخبار فيه وبعض المتأخرين كصاحب الجواهر ره فصل بين ما بنا في البيوت كالتأثير
في عقله وما لا ينافيها كالتأثير في بدنه فجوز الثاني دون الحكم الاول بل ظاهر الحكم بوقوعه
ايضا استنادا الى الاخبار وقال انه ليس باقوى من تأثير السم والسيف في بدنه مع ان جوازه
مقطوع به ولكن الحق العدم مطلقا لكونه موجبا للاعراض والنفرة حتى في بدنه فلا يحصل الوثوق
به وهو خلاف مقتضى اللطف ولذا حكم بعدم جواز الامراض المنفرة له كالجذام والبرص ونحوهما
وتنزههم عن عهر الاباء والامهات ولابد وان يكون من الاصلاب الطاهرة والارحام الشامخة
كما في التجريد للمحقق الطوسي وبالجملة العقل يقضي بعدم جوازه في النبي صلى الله عليه وآله في بدنه
من اجل قاعدة اللطف التي هي عندنا من الاصول المسلمة وما ورد على خلافه اخبار ضعيفة
غير نقي السند وعلى فرض تسليم سندها لا تقاوم ما ذكرنا من الدليل القطعي العقلي ولا ينافي
ما اخترناه التعويذات الواردة لهم كالحسنين عم لانه من اجل الاستنابة والسببية التي على انها
ليست باعظم من مناجاتهم المأثورة التي اعترفوا فيها بوقوع الذنب والخطيئة مع انه مما يقطع بعصمتهم
عند الطائفة المحقة ولا فرق فيما اخترناه بين نبينا والائمة عليهم السلام وسائر الانبياء والاوصياء
لاشتراك الدليل والمناط هذا مضافا الى الاجماع معاشر الامامية على عدم جواز تأثيره في النبي
الشامل للعقل وبدنه كما حكاه الطريحي ره في مجمع البحرين في مادة نفث عن بعض الفضلاء وعلم
ان بعض الاجلة كصاحب بحار الانوار لما عنّ عنقفا من للسحر معنى شرعيا ذكر له اقساما ثابتة
فيه مما لا يخفى لثة الكلام في حرمته تعلما وعملا واضح لم يحتج الى البيانات فتامل **مسئلة** وما يحرم
التكسب به التنجيم ولما كانت كلمات الفقهاء فيه مغشوشة مختلة فلابد من التكلم في مقامات حتى
تتضح المسئلة **المقام الاول** في جواز النظر في احوال النجوم وما فيها من الافلاك من حيث القدم
الذاتي والحدوث وحرمته فنقول فيه لا يعقل الريب في الجواز بل وجوبه ضرورة توقف تمام
اثبات البارى تعالى عز اسمه عليه ولا يعقل فيه المنع العقلي لان معرفة واجب الوجود بالذات

لابد وان تكون بالدليل لا بالتقليد وهي لا تحصل الا بالنظر في احوال سلسلة الموجودات
التي اعظمها اشتباه الاجرام العلوية ولا المنع الشرعي للزوم الدور والوضوح فان المفروض
عدم ثبوت شرع ولا شارع حتى يصغي اليه وبالجملة لا شبهة في جواز النظر اليها من هذه الجهة
سواء كان بنفسه او بالتعليم والتعلم والالقاء من الغير ثم انه بعد امعان النظر ان وصل
الحق فيها والاقامة ان يؤدي في نظره الى انها قديمة ذاتية ولكن يعرف بوجود البارى جل
شانه ايضا كما عليه بعض او لا يعرف به او نقيض عليها كما عليه اخر او ظن بهذا او شك
او توهم وبالجملة بعد النظر لم يحصل له الاعتقاد بالحق الواقعي سواء كان لاجل التشريك
والانكار او عدم الجزم بان يحتمل ان يكون واجبا غيره من ادركه واجبا سواء كان ظنيا
او شكيا او وهميا وعلى التقادير اما ان يكون مقصرا او قاصرا لا شبهة في كفر جميع الاقسام
بحسب اجراء الاحكام في الدنيا من النجاسة والقتل وجواز الاسترقاق وغيرها الا ان كفر
من يعرف البارى جل جلاله كفر اشراك وكفر من ينكر وجوده كفر انكار واما بحسب الواقع
فيعاقب المقصر ويخلد في النار فهو كافر في النشأتين وخاسر في الدارين واما القاصر فلا
شبهة في عدم عقابه على اصولنا الا انه يظهر من المشهور عدم وجوده وتحققه فالنزاع
فيه موضوعي لا حكمي وهل هو مكلف في نشأة اخرى ام الكلام فيه خارج عما كنا فيه فائدة ولا
لنا في غرضنه **المقام الثاني** في جواز النظر فيها بعد اثبات الحدوث في احوالها من حيث
القدم والحدوث الزمانيين وهذا ايضا مما لا اشكال فيه عقلا وان لم يكن بمثابة الاول
لعدم توقف اثبات الواجب عليه ولا شرعا لعدم دليل فيه على الحرمة فان اخبار الباب
اجنبية عنه كما ستعرف ولا دليل عليها غيرها ايضا وح فان ادى نظره الى الحدوث الزماني
وهذا ايضا مما لا اشكال فيه عقلا اذ بمعنى مسبوقيتهما بالعدم الزماني لا يبقى الزمان
سببه عن الافلاك فكيف يعقل تقدم الزمان عليها وسبقها به لانا نقول المراد من

من الزمان اعم من الموهوم والمحقق والزمان قبل الفلك موهوم لا محقق فلا اشكال فتفقد اصاب
وصادف ما هو ضرورة في هذا الباب وان ادى نظره الى القدم الزماني بمعنى عدم مسبوقيتها
بالعدم الزماني والعبارة اخرى اعتقد انها ممكنة في حد ذاتها ومخلوقة للبارى تعالى الا انه
تعالى لما كان تاما في الفاعلية وهي في القابلية بمعنى عدم حالة منتظرة لا يجوز
بها فلا تخلل بينه وبين وجودها كما بين العلل والمعلولات وبعبارة ثالثة يقول
انها في طول البارى جل عظمته ومعلولات عنه فوجودها مشتقا منه لا في عرضه فهو انكار
لضروري الدين قطعا وخطاء جزما فان الادلة اللفظية متواترة في الحدوث الزماني
وهل هو كفر كسابقه ام لا وتحقيق الكلام فيه متوقف على ان انكار الضروري كفر من حيث
الموضوعية او لاجل ادائه الى التكذيب والحق الثاني لعدم الدليل على الموضوعية فلا يكون
كفرا ضرورة انه مصدق للنبي صلى الله عليه وآله غاية الامر انه لشبهة وقعت له يؤول الادلة
اللفظية بما يناسبه كما يؤول الادلة اللفظية المخالفة للبراهين القطعية هذا اذا كان
قاصرا واما اذا كان مقصرا فيكون آثما ايضا ووجهه واضح ثم انه كما يجوز النظر في المقام
يجوز الاخبار بمؤداه ايضا لو كان حقا لعدم الدليل على الحرمة بها واما لو كان باطلا فحكم
انكار مقصرا وان كان قاصرا فلا حرمة فيه ايضا وان كان مخالفا للواقع وهو شرعا على
الحظر والتحريم للزوم التكليف بالاطاق **المقام الثالث** في جواز النظر فيها بعد اثبات حدوثها
الزماني في انها ذوات علم وارادة وبعبارة اخرى هل لها شعور وادراك ام لا بل هي ذوي
طبايع وجمادات لا شعور لها فالجواز للاصل اصل الاصول وعدم دليل يساعد على الحرمة فاذا
نظر وادى الى تحريم ذلك وتأييد ذلك بذكر اسماء جماعة من الشيعة كانوا عارفين به وح
فان ادى نظره الى الحق المطابق للواقع فيها والا يكون مخطئا كخطاء في الموضوعات ويدخل
في الكفرة واصحاب الشبه العدم انكاره اسقطها سقطها من الاسقاطات ولو ما يؤدي

يؤدي اليه من القروث وربا ولا باس باخباره عن احوالها بحسب ما اعتقده جزما او ظنا او غيره
كونها مبتنية على القياس والتخمين الذين لا يحصل منهما اليقين كما في جامع المقاصد فحرام
الاخبار بها واهية ضرورة ان لها مبادي حدسية تنتقل منها وقعة الى المطلوب كما في
النيرين بحسب الخسوف والكسوف وعلى فرض التسليم غايته الخطاء والجهل المركب بمعنى انهم
يعتقدون ما هو القياس والتخمين دليلا وقطعا بمؤداها مع انه ليس بدليل يفيد اليقين
في الواقع ولا يعقل فيه التحريم اما في اصل الاعتقاد فواضح واما الاخبار فلكونه من جزم كما هو المفروض
فلا يدخل تحت القياس والتخمين ومجرد المخالفة للواقع لا يوجب حرمة الاخبار كيف ولو كان
كان لزم فسق المخاطبين في الاحكام الالهية والموضوعات وهو كما ترى لا يقال تحقق الحدس فيما
نحن فيه ممنوع ضرورة انه انما هو فيما لم يجد على خلاف ما وجدناه كثيرا وكثيرا ما مع انه كثيرا ما
يتبين الخلاف لانا نقول تحقق الحدس القطعي لا ينافي مع التخلف في بعض الاحيان كما في الا
جماعات المحققة في المسائل الشرعية فان شخصا واحدا ربما يدعي الاجماع اتكالا على الحدس
الحاصل بالتتبع في الفتاوى ثم يرجع عنه لكشف خطائه وذلك قد وقع لجماعة من الاساطين
والاعيان كما لا يخفى على البصير المتدرب واولى الاذهان على انه لنا ان نمنع التخلف ابدا بل
نقول في مورد التخلف قد حصل الغلط في المبادي والمقدمات بمعنى انه لو كان
كما فهمه وجزم لم يتخلف اثره نعم لو اخبر عن جزم ولم يكن جازما او غير مجوز للمحو والاثبات بان
يعتقد ان ما فهمه حتم مقضي فيحرم اما الاول فلتضمنه الكذب من حيث لازم فائدة الخبر
واما الثاني فلكونه تكذيبا لله عز وجل ولذا قال علي عليه السلام لولا اية في القرآن وهي قوله
تعالى يمحو الله ما يشاء ويثبت وعنده ام الكتاب لاخبرتكم بما كان وما يكون ولكن
حرمة الاول لذا لم يكن الاخبار بصورة الجزم متعارفا في الفقه فلو كان لم يحرم هذا
ايضا ولذا افتى الفقهاء واخبروا باحكام الله تعالى مع ان اكثرها ظنية والحاصل انه ليس

والحاصل انه ليس شيء من النظر فيما ذكر والاخبار على وقفه وكان جوازها جوازاً ولا كفر لعدم الدليل
عليه بل الدليل على العدم وملخص الكلام الحرام انما هو الاعتقاد بكونها مؤثرات في العالم وخالقه لو
اما بالتوحيد كما هو مذهب فرقة منهم المسمين بالطبيعيين وهم من فرق الكفر ينكرون جميع الآ
الخمسة واما بالشركة واما بالتفويض وكذا الاخبار عن احوالها على سبيل الجزم والقضاء على
الغيب على وجه البت بحيث يجوز كونه حتما فقضيتنا الابد منه ولو بتأتي فيه محو ولا اثبات
مطلقا ولو كان القضاء المذكور على جهة العلامة والكاشفية فلا حجر فيه وبه يجمع بين الاخبار
المتعارضة في الباب **مسئلة** ومما يحرم التكسب به الواجبات وهذه من المسائل المهمة التي
هي المعركة العظمى ومحل اختلاف الآراء فان كلامهم ذهب الى الاول واستدل على مطلبه من
سبيل وليعلم ان النزاع في هذه المسئلة من حيث عنوان الوجوب من حيث هو وجوب
وبعبارة اخرى انما النزاع في ان صفة الوجوب هل هي بنفسها مع قطع النظر عن انه داخل في
من تحت عنوان اخر لا يجوز التكسب به منافية عن جواز التكسب به لصفة الوجوب ام لا كما
في كلام بعض المدققين من مشايخي واعلم ان موضوع هذه المسئلة ما اذا كان الواجب على العامل
منفعة تعود الى من يبذله بازاء المال كما لو كان كفائيا واداه سقط منه فاستحال عزمه او كان
عينيا على العامل ورجع منه الى باذل المال كالقضاء للمدعي اذا وجب عينا وبعبارة اخرى
مورد الكلام ما لو فرض صحيحا لجاز الاستيجار عليه فمثل فعل الشخص صلوة الظهر عن نفسه
لا يجوز اخذ الاجرة لا لوجوبها بل وصول عوض المال الى باذله في النافلة كك كما نرى
على ان المنفعة المعتد بها للعقلاء تتصور في جميع الواجبات حتى فيما ذكر ولم نجده وهي حماية
الحمى وحفظ بيضة الشرع حتى لا يتأتى الناس بتركها وصون المكلف عن الوقوع في العقاب
والمضار الدنيوية المترتبة على العصيان والمخالفة بالخاصية فان فيها نفع كثير للباذل لنفي
الدنيا والاخرة كما لا يخفى اختلفوا على اقوال فيها انها منافية مطلقا كصفة الحرمة وهو المحكي عن
المنهد

وهو المحكي عن الجنيد والشيخ وابن ادريس من القدماء واختاره جماعة من المتأخرين منهم المحقق
في الشرائع وثاني الشهيدين في شرحه وغيرهما وقد نسبه في المسالك والكفاية والمصابيح الى
الشهور بل قال في الجواهر بلا خلاف معتد به اجده بل في المسالك وعليه الفتوى الثاني انما ليست منافية
مطلقا الا ما اخرجه الدليل وهو الذي اختاره بعض صاحب الجواهر الثالث التفصيل بين الواجب
الكفائي والتوصلي النظامي كالحرف والصناعات وهو مختار صاحب الرياض على احد وجهي عبارته
والتوصلي مطلقا على الوجه الاخر الرابع التفصيل بين الغسل والواجب والغسل والتكفين والدفن
والحمل في الاموات وغيرها بالجواز في الثاني والعدم في الاول وهو الظاهر من النافع وبعض اخر
الخامس التفصيل بين الواجب الكفائي والعيني المشروط بقصد القربة كالصلوة على الميت ونحوها
وغيرهما بالعدم في الاول والجواز في الثاني وهو للفخر في الايضاح وقد حكى الطباطبائي ره عنه في
الفوائد تفصيلا اخر وهو التفصيل بين العبادات وغيرها ولعله وجده في غير الايضاح فلذا
السادس التفصيل بين العبادة وهو مقصود منها بالجواز في الثاني وعدمه في الاول وهو للفاضل
الكاشاني في المفاتيح السابع التفصيل بين الواجب العيني والتخييري والكفائي التوصلي بعدم
بعدم الجواز في الاول وعدمه الجواز في الثاني وهو لبعض المدققين من مشايخي الثامن التفصيل بين
الواجب المطلق والذي وجوبه مشروط بالعوض كالصنائع والحرف التي يتوقف عليها النظام
بالجواز في الثاني وعدمه في الاول وهو مختار شيخنا الفقيه قدس سره في شرحه على القواعد فهو
في الحقيقة قائل بعدم الجواز مطلقا لعدم كون الواجب المشروط بالعوض واجبا قبل تحققه والحق
هو القول الاول لا للمنافاة مع قصد القربة كما ظن لان الاصل في متعلق الاوامر ان يكون عبادة
على التحقيق كما بين في محله فلا يحصل الامتثال والخروج عن العهدة الا بقصد القربة للمنع وعدم
المنافاة وحله بان يقال ان المعتبر في القربة هو الاتيان بالفعل بقصد الامتثال اما لكونه اهلا
مستحقا للامتثال والعبودية كما في عبادة الاحرار واما لاغراض اخر كالنجاة والثروة والمال

والخلوص من العقاب والوصول الى الصواب كما في عبادة الاجراء وكالخوف والتهول من العقاب
كما في عبادة العبيد والاماء والكل صحيح بحكم النص والاجماع وح فنقول لو استاجر على فعل
واجب عليه واتى بقصد الامتثال صح وغايته الغاية وهو الخروج عن عهدة عقد الاجارة
وتحصيل الغرض فيكون صحيحا فانه ليس باعلى مما اذا اتى به بقصد الطاعة وبالحصول الجاه
والثروة فكما انه يكون صحيحا فكذا هذا **اقول** وفيه تامل للفرق الواضح بين ما نحن فيه و
الامثلة المذكورة ضرورة ان الداعي فيها هو مجرد الطاعة والامور المذكورة تعلق القصد بها
من باب الغاية كما في خواص المأكولات والمشروبات حيث ان الداعي على الاكل والشرب هو سد
الجوع ودفع العطش والالتذاذ وربما يقصد خواصها من باب الغاية ايضا بخلاف ما نحن
فيه فان الداعي فيه كلاهما الامر والامر من الشارع فيأتي الاجير بالصلوة مثلا لامر الله و للفلوس
كليهما هذا مع انتقاضه بالحج فانه يجوز الاستيجار عليه اجماعا نصا وفتوى مع انه عبادة لا
تقع بدون القربة منه والخروج بالنص والاجماع عن الحكم القطعي العقلي لا يعقل حتى يقتضي
القاعدة المذكورة عدم الجواز خرج ما خرج وبقي الباقي وكذا بالمندوب بالعبادة مثل صلوة
النافلة وقراءة القرآن والزيارة وشبهها فانه يجوز التكسب اتفاقا مع انها مشروطة بقصد
القربة كالواجبات الكفائية ودعوى الخروج عن القاعدة قد عرفت فسادها على ان قصد
القربة في كل الواجبات ليس بمعتبرة وان سلمنا القاعدة المتقدمة ضرورة ان الواجبات التي
مثل غسل الثوب والبدن للصلوة واداء الدين ورد الاموال المخصوبة الى ما لكها وكفن
الميت ودفنه واشباههما يحصل الغرض بالاتيان بها من دون نية القربة غاية الامر عدم
الثواب لا عدم الامتثال والخروج عن عدمه اقول والنقض بالحج لا يدفع الاشكال فاي وجه
يجعل بالعوض كالصنائع والحرف على قول من يقول بكونها واجبات مشروطة بالعوض ومثل
هذا لا ينافي مع القربة قطعا واجنبي عن المتنازع فيه لعدم وجوبه قبل الاستيجار والا
ما اوجبه

اما او جب على وجه خاص فالامتثال للامر الايجابي ان يأتي به على هذا الوجه ولولا الملوك
والمستحق لا يملك ولا يستحق ثانيا كما استند به شيخنا الفقيه قدس سره في شرحه على القواعد و
وذلك لان الملك لا يتحقق عقلا لكونه شخصين كما في جميع ما بايدينا فانها مملوكة لله تعالى
ولنا ايضا على ان المراد لو كان وجود المالك ثانيا نمنع انه غير مستحيل عقلا بالنسبة الى شخصين
لان الوجود الثاني غير الوجود الاول ضرورة تعدده بالاضافة الى المالكين ولكن لا يثبت الله
لعدم مكفي في دفع الحذر وقبوله للتأكيد فان الاحكام على مذهب اصحابنا الامامية منوطة لما كانت
بالمصلحة والحكمة وهي قابلة للشدة والضعف كما في الكذب المحض والكذب الموجب لقتل النبي
مثلا وكما في الزنا في مكان غير محرم والزنا في المسجد الحرام او مسجد الرسول مثل فكذا
هذه ولذا يقال واجب مؤكد وحرام كك ولا فرق فيها من هذه الجهة بين الاحكام التكليفية
والوضعية لاشتراك المدرك فان الوضعيات ايضا تابعة للمصالح والمفاسد كالتكليفيات ويشهد
به اختلاف سلوك الشارع في التطهير عن النجاسات فانه يكشف عن ان بعضها انجس من بعض
مضافا الى ما ورد في النصوص حيث قال عم فانهم انجس من الكلاب واشد من اليهود والنصارى
والملك من الاحكام الوضعية فيكون قابلا للتأكيد وح فنقول اذا ورد عقد الاجارة مثلا
على الواجب يفيد تأكد كالنذر والوارد عليه وان كان قبله ملكا لله تعالى فانه لو بنا في التأكيد
كما في النذر على الصحيح الذي ذهب اليه المتأخرون فان لله عقد الاجارة وضعه على الله
كالبيع لا على التأكيد ولا الاعم من التمليك والتأكيد قلت هذا كلام اخر لا وبطلانه بهذا الا
والكلام فيه وبالجملة الاحكام الوضعية كالتكليفية قابلة للشدة والضعف كما تبين ما
لضرورة ويدل عليه العقل والاعتبار كيف واول درجة الحسن مثلا اذا بلغ الى حد لا يجوز
العقل ترك الفعل يكفي في الوجوب فاذا تضاعف الحسن واشتد فهو كذا الوجوب ايضا لكونه
تابعا له ضعفا وشدة فتأمل هذا كله في الملك واما الاستحقاق فانه لا مانع عقلا من

ايضا ولو كان المستحق والمحل واحدا بل هو واقع شرعا ايضا كما في القاتل لاشخاص متعددين
على وجه يستحق كل منهم القصاص فان المستحق هو قتل القاتل واحد والاستحقاق متعدد
لان لكل استحقاق خاص مستقل ونظيره في الفروع كثيرة لا يخفى على المتدرب فكذا نقول فيما
نحن فيه فان العمل واحد يستحقه الخالق والمخلوق ولا منافاة بينهما كما في المخلوقين والخالق
المخلوق في ملك الاعيان الذي هو اشد واقوى من الاستحقاق فيجوز هنا بالاولوية القطعية
ولان الاجارة لو تعلقت به كان للمستاجر سلطان عليه في الايجار والعدم على نحو سلطان
الملاك وكان له الابراء والاقالة والتاجيل وكان للاجير قدرة على التسليم وفي الواجب
يمتنع وهو في العيني بالاصل او العارض واضح واما الكفائي فلانه بفعله يتعين له فلا يدخل
اخر كما استند بمادة فيه ايضا وذلك للالتزام بجميع ما ذكر من حيث عقد الاجارة
والمانع منها بالعوض والخارج وهو كون الفعل واجبا في حد ذاته ومع قطع النظر عن عقد
الاجارة كما في اجارة المرضعة للبن فانه يجب عليها الشراء للرضيع ويجب على وليه استيجارها
وبذل العوض لها مع انه ليس له الابراء والاقالة والتاجيل وغيرها من النظائر المحققة في
الشريعة التي هي غير خافية على من له خبرة ودربة هذا كله في غير الاخير وهو القدرة
على التسليم واما فيه فنقول بالتزامه مطلقا فانه لا مانع منه الا كون الفعل معدوما وهو
لا يصلح للمانعية عندنا وان خالف فيه بعض الناس زاعما ان المعدوم ليس بقابل للملك وفرع
عليه عقد الاجارة واساد فساده غني عن البيان والبرهان كيف وعقد الاجارة التي ثبت
عندنا مشروعيته يتعلق بالمنافع المعدومة المستقلة التي يتجدد آنا فانا وبه ما نحن
فيما نحن فيه نقول الفعل وان كان معدوما حين العقد ولكن الاجير قادر على ايجاده في
المستقبل ومالك له حال العقد فانه بفرداء الملك الموجر له سبب للملكية نفس الاتي
حتى يقال انه قبل فعله لم يكن مالكا فعقد الاجارة في غير محله وبعد ايجاده ودخوله في ملكه
لا

لا عقد وحينئذ ان الوجوب يخرجه عن المقدورية ويصيره كالاضطرارية كالكون تحت السماء
ونحوه كما نرى كيف وهو مشروط بالمقدورية كما حقق في محله ولا لعدم نفع المستاجر فيما
يملكه او يستحقه غيره لانه بمنزلة قولك استاجرتك لتملك منفعتك المملوكة لك او
لغيرك كما استند به ايضا فيه لمنع التنزيل المدعى فان مفاد عقد الاجارة الكفائية غير
تملك الموجر لمنفعة الاجير وفعله كما في سائر الموارد المشروعة ولو قبل بفساده للزوم توارد المالكين
المستقلين على مملوك واحد فهو رجوع عنه ولو تشبث بالدليل المتقدم وقد عرفت الجواب
عنه ولا لما استند اليه الفاضل التوني ره في شرح الارشاد من ان جواز التكسب انما هو
فيما اذا كان للعمل اختصاص بالمستاجر حتى لا يكون اكل المال بالباطل ويقرب منه ما
استند اليه بحر العلوم ره في مصابيحه من انه لازم الحصول من الفاعل فلا يصح الاستيجار
عليه وذلك لانه فعل مقدور للمكلف والا لم يتعلق به الوجوب من وجه اشتراطه بالقدرة
وليس من مقولة الافعال الاضطرارية والحركات القهرية كالكون تحت السماء والجزء
الزمان وشبههما مما يحصل فيه منفعة معتد بها كما مر وهذا القدر يكفي في جواز التكسب به
ولا دليل على لزوم اعتبار الزيادة من عدمه تعلق حق الله حتى يكون مختصا في الاختصاص
بالفاعل ومباحا محضا الا ان الظاهر عدم الدخول في عمومات المعاملات في الكتاب والسنة
فيبقى على اصل عدم الانتقال عن الحالة الاولى كما في شرح القواعد للمنع وعدم وجه معتد
به للانصراف مضافا الى عدم نقله فيما هو من قبيل الوضعيات مثل الصلح جائز بين المسلمين
المؤمنون عند شروطهم الى غير ذلك شرط السبب مملك على التحقيق كما سيجئ انه ضرورة ان
الانصراف انما هو في المطلقات لا العمومات كما لا يخفى ولا لظهور اولية الواجبات في المجانية
كما ربما يتوهم لكونه ممنوعا ايضا او للخبر المرسل في النهاية حيث حكم الشيخ فيها بانه لا يجوز
اخذ الاجرة على غسل الميت وحمله ودفنه لانها من الفروض الكفائية على المسلمين وقد

مراد ان النهاية على ما صرح به الشيخ متون اخبار وليس فيها الا تغيير يسير وارسالها لا يقدح
للانجبار بالشهرة المحصلة والمنقولة وعمل ابن ادريس الذي لا يعمل باخبار الاحاد الا
والمحفوفة بالقرائن القطعية كما ان التخصيص فيه كذلك لعموم الادلة فان المتفاهم منها ان الداعي
عليه هو مجرد الفرضية لا الفرضية الكفائية ولو سلم انفهام هذه الخصوصية فيتم الحكم في غيره
بعدم القول بالفصل وبالتنقيح المناط القطعي ولو اغمضنا عنه فنتمم بعدم القول بالفصل
والاجماع المركب فانه لم يقل احد بعدم الجواز كليا في الواجب الكفائي وبالجواز في العيني و
ان يظهر بعضهم التفصيل في الجملة كالمحقق في النافع وغيره كما تقدم والاجماع المنكر في
كلامهم جامع المقاصد في مواضع منها ما قاله فيه الاجماع على عدم جواز اخذ الاجرة على تعليم
صيغة النكاح والقائها على المتعاقدين ولا قائل بالفصل بينها وبين غيرها وغير ذلك من
المواضع ولعله هو الباعث والداعي لنقل بعض اجلة المتاخرين الاجماع في كلام جماعة
فتدبر جيدا ثم انه لا فرق فيما ذكرنا بين كون الواجب تعبديا او توصليا نفسيا او غيريا
اصليا او تبعيا عينيا او كفائيا تعيينيا او تخييريا شرعيا كما هو حال الكفايات او عقليا
كما للافراد بالنظر الى الطبيعة حيث ان مقتضى حجية المسألة وغيره عدم جواز الاكتساب بالواجب
فيسري الحكم الى الافراد لتحقق الطبيعة بعينها بعين تحققها فما في كلام بعض المتاخرين
من مشايخنا من ان الواجب التخييري لو كان توصليا فلا احد مانعا من جواز اخذ الاجرة على
فرد منه بالخصوص بعد فرض كونه مشتملا على نفع محلل للمستاجر كما اذا امر المولى احدا من المكلفين
بحفر موضع مخصوص لميت لاجل صلابته ونحوها من الاغراض التي يتعلق مقصد العقلاء
فقد ظهر وهنه مع انه يجب عنه بخصوصه حيث لا يقول بكون اللزوم مقدمة كما عليه الكافة
بل هو عين الواجب كما عليه التحقيق ولا يخالفنا فيما اثرناه سيدنا المرتضى ره حيث ان المحكي
عنه جواز اخذ الاجرة على الواجبات للاموات لغير الولي كما ربما يتوهم وذلك لانه ره مانع
في

في اصل الحكم ونقول بعدم وجوبها على غير الولي لا انه يقول بالوجوب وجواز اخذ الاجرة كما
هو عنوان المسألة فذكره في الحقيقة بجواز الاستيجار على اداء مثل هذه الواجبات عمن يجب
عليه وهو الولي لا انه يجوز الاستيجار على الواجبات على الاجير كما ربما يظن فتامل ثم ان
ههنا اشكالا مشهورا كما في المصابيح وهو ان الصناعات التي يتوقف النظام عليها تجب كفاية
لوجوب اقامة النظام بل قد يتعين بعضها على بعض المكلفين عند انحصار القادر فيه مع ان
جواز اخذ الاجرة عليها مما لا كلام فيه وعليه الاجماع والسيرة القطعية وقد تفصى عنه بوجوه
احدها ان المنع عن اخذ الاجرة على الصناعات الواجبة لاقامة النظام يوجب اختلال النظام
لوقوع اكثر الناس في المعصية بتركها او ترك الشاق منها والالتزام بالاسهل فانهم لا
يرغبون في الصناعات الشاقة او الدقيقة الا طمعا في الاجرة وزيادتها على ما يبذل لغيرها
من الصناعات فتسويغ اخذ الاجرة عليها لطف في التكليف باقامة النظام وثانيها ان وجوب
الصناعات المذكورة لم يثبت من حيث ذاتها وانما ثبت من حيث الامر باقامة النظام واقامة
النظام غير متوقفة على العمل مجانا بل يحصل به وبالعمل بالاجرة فالذي يجب على الطبيب لاجل
احياء النفس واقامة النفس هو بذل نفسه للعمل به لا بشرط التبرع به بل له ان يتبرع
به وان يطلب الاجرة وح فان بذل المريض الاجرة وجب عليه العلاج وان لم يبذل الاجرة
والمفروض اداء ترك العلاج الى الهلاك اجبره الحاكم حينئذ على بذل الاجرة على الطبيب وان
كان المريض مغمى عليه دفع عنه وليه والا جاز للطبيب العمل بقصد الاجرة فيما له وان لم يكن له
مال ففي ذمته فيؤدي في حيوته او بعد مماته من الزكوة او غيرها وبالجملة الواجب هو البذل
للعمل والاجر على القابل او المنفق فتدبر وثالثها ان الواجب الكفائي يجوز اخذ الاجرة عليه
بمعنى انه يسقط بفعل الوجوب المستاجر عليه عن الموجر والاجير وان لم يحصل الامتثال
ما لم يعلم من دليل كونه حقا على الفاعل كما في تجهيز الميت وتعليم الجاهل الاحكام عبادة الواجبة

علیه ونحوها فكل من فعل شيئا منه في الخارج فقد ادى الحق الواجب عليه للغير فلا يجوز اخذ
الاجرة عليه وحاصله منع كون هذا الوجوب مانعا من التكسب بالواجب وربما
ان الجهة المانعة من جواز التكسب انما هو نية القربة فيختص المنع بالعبادات الواجبة لا مطلق
الواجب ولو لم يكن عبادة ومحل الاشكال غير مشروط بنية القربة فلا يكون عبادة فيجوز
التكسب بها وخامسها ما عن مفتاح الكرامة من ان المنع مختص بالواجبات الكفائية المقصودة
لذاتها كاحكام الموتى وتعلم الفقه دون ما يجب لغيره كالصنايع وسادسها ما عن المحقق الثاني في
من اختصاص جواز الاخذ بصورة قيام من به الكفاية فلا يكون حينئذ واجبا وسابعها ان وجوب
الصناعات مشروط بالعوض لا مطلقا فليست بواجبة قبل حصول الشرط فتعلق الاجرة
قبل الاتيان منه ولو كانت هي الشرط في وجوبه فكلما وجب كفاية من حرف وصناعات
لم يجب الا بشرط العوض باجارة او جعالة او نحوهما ولا فرق بين وجوبها العيني للانحصار
ووجوبها الكفائي لتاخر الوجوب عنها وعدمه قبلها كما ان بذل الطعام والشراب للمضطر
ان بقي على الكفاية او تعين فيستحق فيه اخذ العوض على الاصح لان وجوبه مشروط بخلاف ما
وجب مطلقا بالاصالة كالنفقات او بالعارض كالمنذور ونحوه وثامنها الالتزام بخروج
ذلك للاجماع والسيرة القطعيين وتاسعها ما اختاره الشيخ الاستاد من ان الواجب حقيقة
انما هو اقامة النظام ووجوب الحرف والصنايع ونحوها من باب المقدمة للواجب فيما
اذا كان الاستغناء عنه حاصلا فلا يجب ذو المقدمة فضلا عن مقدماته كالتكسب يقع
ح بالمباح لا الواجب وفيما اذا لم يكن الاستغناء حاصلا فان كان بذل العوض محتاجا اليه
في نظامه ومعيشته فقد اسقط الشارع وجوب هذه المقدمة مجانا للحكمة المذكورة كما
انه قد اسقط المقدمات التي فيها الضرر والعسر والحرج وان لم يكن كذلك بان كان امره
منتظما بدون الاكتساب فيجب عليه ان ياتي بالواجب مجانا لعموم الدليل المتقدم الدال على جواز
التكسب

التكسب بالواجبات ودعوى الاجماع والسيرة على جواز الاخذ الاجرة في الحرفة والصناعة
حتى في هذه الحالة ممنوع غاية المنع كيف والنقد والثالث بهما في الجملة كما ان دعوى كونها
واجبات مشروطة بالعوض كالحج وشبهه فتكون خارجة عن العنوان ولسا العلم الواجب
قبل العوض وبعده لا مكتسب بها كما لا يخفى كيف والعلة الداعية للوجوب وهي اقامة النظم
تقتضيه مطلقا بذل العوض او لا كيف والعلة الداعية فيما لا بذل العوض انحرام النظام
فان الطبيب لو لم يعالج من يكون في معرض التلف لعدم بذله العوض اما للشح او للفقر عرضا
يلزم تلف النفوس التي حفظها من اعظم المقاصد وكذا اطلاق فتاوى الاصحاب حيث
يحكمون بوجوبها من دون تقييدها بقيد وشرط والادلة الواردة في الباب نعم لو كان دليله
اللب من اجماع ونحوه او لفظا مجملا فكان الواجب الاقتصار على القدر المتيقن وهو وجوبه بشرط
العوض لا مطلقا ولكنه كما ترى ومما حققنا ظهر وجه كلام الشيخ ره في شرح القواعد بعدم
وجوب الحرف والصناعات اذا لم يبذل العوض مع انها ايضا مما يتوقف عليها الواجب وهو اقامة
النظم فان الظاهر منه ره ان الشارع اسقط وجوب مثل هذه المقدمة وان كانت مقدمة
فان مجرد غير المقدمة ومقدميته لا يكفي في الوجوب كما في المقدمات الحرجية الضررية والعسرية التي
هي داخلة في حيث قدرة المكلف فان الشارع اسقطها اجماعا نصا وفتوى مع انها مقدمة
ومما ذكره دام مجده يقرب مما قاله المحقق الثاني في التقضي الاول وفي جميع هذه التقضيات
نظر لا يخفى وجهه على المتامل بل التحقيق في الجواب والتقضي ان اخذ العوض في اكثر موارد
الحرف والصناعات انما هو بازاء المبذول من الاعيان لا بازاء الواجب من العمل فلا يلزم
التكسب بالواجب واما فيما كان لمجرد العمل كالطبابة الخالية من صرف عين ونحوها
فنقول بمنع منافات صفة الوجوب في مثل هذا الواجب من التكسب وانما المنافي
معها الوجوب الغير المتعلق بالناس كالصلاة والصوم وشبههما

او الوجوب المتعلق بالناس على وجه يستفاد من الادلة ان لهم حقا على من يجب عليه العمل
سوى الالزام من الله فكان المجتمع فيه حقين حق لله وحق للناس كما في الرهن والوديعة
والعارية المشترطين في عقد اللازم ومنه جميع واجبات الكفائية للميت من الصلوة والغسل
والتكفين والمواراة وغيرهما واما الوجوب المتعلق بهم لا على هذا النحو فلا ينافي الاكتساب و
الدليل على هذا التفصيل عدم شمول العمومات والاطلاقات الواردة في تشريع الاكتساب
والدليل للاولين ولو من باب الشك وشمولها للثالث لانفهامه عرفا منها او عدم الشك
فيه وضع الاول ولا سيما في العمومات لان الانصراف على فرض تسليمه انما هو في المطلقات كما مر و
اجماع المحقق الثاني والخبر المرسل في النهاية الذين هما العماد لشيخنا الاستاد دام مجده في المسئلة
ليسا مستندين للوثوق المعتبر لتفرد الاول به مع كون المسئلة معنونة في كلام الجماعة شديد
بها الحاجة وعاما بها البلوى وما في الرياض من في كلام جماعة الاجماع عليه فالظاهر انه ليس
لا صنفا سوى كلامه المتقدم وعبارة الشهيد في المسالك فانه كثيرا ما نقل في نقل الاجماع
على مثل هذه وهذه كما ترى مع انه لا يظهر منه نقل الاجماع على الكلية بل الظاهر خلافه كما لا يخفى
على من لاحظ كلامه وبالجملة لو كان المسئلة في هذه المثابة فلا بد من ان يدعى عليها
في الكتب المبسوطة اجماعات عديدة مع انه لم يوجد دعواه من غير المحقق الثاني على ان كلامه
ايضا غير دال على نقل الاجماع فلا يحصل الاطمئنان والسكون الذي هو المعنا والمدار في
الاعتبار فنقول الاجماع كالاخبار ودعوى الاعتضاد بالشهرة المحصلة والمنقولة في
المسالك والكفاية والمصابيح ضعيفة جدا كيف والقدماء لم يظهر منهم ولا ينقل الفتوى بالكلية
سوى الشيخ المفيد وابن ادريس وكلامهما ايضا ليس نصا في العموم والكلية
فلعلنا ما بعد ذلك لا يمنع صفة الاستحباب من جواز التكسب به على المشهور المنصور و
لتحرير حاصل صفة الوجوب وعدمه فالمنع هنا من الخارج من اجماع او غيره فرق

كما هنالك

بين

بين ان يكون المستحب عبادة كصلوة الليل ونحوها او لا كغسل الثوب والبدن لها
وشبههما خلافا لما يظهر من السيد الطباطبائي في المصابيح حيث فصل بين ما كان عبادة او غيرها
بعدم الجواز في الاول لمنافاته لقصد القربة المعتبرة فيه والجواز في الثاني لان الاكتساب
بذات الفعل من حيث هي هي دون ما اذا كان الاكتساب على جهة القربة لعموم ادلة عدم
المنافاة لعدم توقف تحققها على قصد القربة بالعوض وقد عرفت فساده مفصلا في الواجبات
هذا اذا كان الفعل المكتسب به مستحبا على الاجير واما اذا كان مستحبا على الموجر فهل يجوز
التكسب به بمعنى ان يوجر الغير للاتيان به مثلا ان يعطي الاجرة لشخص ان ياتي له بصلوة الليل
ونوافل الرواتب وقراءة القرآن ونحوها التحقيق لعدم لكون الاوامر الوجوبية او الندبية
ظاهرة في المباشرة كما حقق في محله مقتصرا عليه ولا يجوز التخطي الى ما عداه الا انه يكفينا
الشك فينبغي تمهيد للاصل بل الاصول هذا مع تاييده بقوله تعالى ان ليس للانسان الا
ما سعى وقوله ولا تزر وازرة وزر اخرى فتدبر فظهر من هذا ان مقتضى الاصول
والقواعد عدم جواز الاستنابة في المندوب ولا الواجب وربما يفتى بالجواز تمسكا بادلة النيابة
عموما واطلاقا وهو كما ترى فانها ليست شاذة وانما تدل على من احرز قابلية النيابة فلا
يصح التمسك بها مع الشك في القابلية ولكن قد خرجنا عن مقتضاها في موارد الادلة
الخاصة كالحج على العاجز والزكوة والخمس والكفارات والصدقات والزيارات وغير
ذلك وبالجملة ما امر به وجوبا او ندبا اما ان يعلم كونه قابلا للنيابة كاداء الدين
او يعلم عدمه كنحو الغسل والمضاجعة والوطي او بعد اشهر واما لا يعلم شيئ منها كاكثر
القرآن فعلى الاول لا يحكم بجواز الاستنابة فيه لعموم ادلة النيابة وان كان مقتضى
القواعد العدم ضرورة حكومتها عليها وعلى الثاني الحكم واضح مضافا الى انه على
وفق القواعد واما على الثالث يحكم بالعدم لما تقدم آنفا هذا كله في الاحياء واما الاموات

مع

فيجوز الاستنابة لهم في جميع ما كان مطلوبا منهم من الصلوة والحج والزيارة والتلاوة ونحو
وغيرها للاخبار الكثيرة وقد ذكرها المجلسي ره في طهارة الانجا وقد اعلم ان من المستحبات
التي يحرم اخذ الاجرة عليها الاذان على المشهور المنصور وللاجماع عليه في كلام جماعة و
الاخبار الكثيرة المنجبرة المحصلة والمنقولة في كلام جمع من الاجلة مع اعتبار بعضها في
ذاته ومع قطع النظر عن الشهرة ولا يقدح في الاول لاشتمال بعضها على قرائة القران التي لا
يحرم اخذ الاجرة عليها لانه بالخارج كالعام المخصص ودعوى استكشاف معنى واحد من
اطلاقها هينة وبالجملة هذا الحكم مما ليس فيه شبهة خلافا للابحة وصاحب المفاتيح والطباطبائي
ره في المصابيح حيث حكموا بالكراهة مع اعتراف الثانيين بانه خلاف المشهور وهو عجيب لا
سيما من مثل بحر العلوم ره فانه لا وجه له سوى استضعاف السند كما في المفاتيح وهو ما ترى
فيه كما توهم حرر وقد ان ضعف سندها يورث اثمنها
في الحجية بعد انكسار المشهور عليها كان صحة
السند يورث عاثبة الوهن مع
كثرته لو شتى عنها الثر

تمت بعده كتاب البيع

~~الا[illegible] الاستنابات وكان عليه [illegible] واجبة جاز الاستيجار [illegible]~~
~~فيجوز الاستيجار للصلوة [illegible] والحج [illegible] والتكرير والاجير [illegible]~~
~~[illegible]~~
~~[illegible] وليس [illegible]~~
~~[illegible] بعض الاصحاب الاجماع على جواز [illegible] الاستيجار [illegible]~~
~~[illegible]~~

كما ثلوناه

كتاب البيع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيع ويشتمل على فصول وقبل الشروع في النقض والابرام في تنقيح المقام محتاج
الى بيان امور قد اهمل الاصحاب في هذا المقام الامر الاول انه لا اشكال في ان العقد عبارة
عن الالفاظ المخصوصة المستعملة في المقامات المعهودة من البيع والصلح والاجارة وامثالها
بمعنى انها لا تتحقق العقد الا بايجاد الالفاظ ولا يكفي القصد في تحققه وان قلنا بافادته
اثره بلا خلاف يظهر منهم بل ادعى بعضهم عليه الاجماع والضرورة ويؤيده انه المتبادر منه عرفا
ويشعر بذلك ان من اراد تعريف البيع نفسه باخذ اللفظ جنسا له كما صنعه في الشرايع فظهر
من ذلك ان بين البيع والعقد عموم من وجه ان قلنا بان المعاطاة والمبادلة الفعلية بيع
والا فالبيع اخص من العقد مطلقا واما البيع فقد اختلفوا في معناه لغة وعرفا وفي التعبير عن
ذلك المعنى فمنهم من جعله عبارة عن النقل كما هو صريح الشرايع واللمعة والمحكي عن المحقق الكركي
ولعله المشهور ومنهم من جعله عبارة عن نفس الانتقال كما عن المبسوط والسرائر والقواعد والتذكرة
والتلخيص المرام ومنهم من جعله عبارة عن العقد الدال على الانتقال كما عن الوسيلة والمختلف
معترضا في الاخير انه المتبادر منه وهو تام لانه اذا قيل فلان باع داره او بعت داري وامثال
ذلك لا يفهم منه الا النقل والانتقال ولا يدخل العقد في الذهن اصلا كما هو واضح وبرد
يستلزم عدم كون المعاطاة بيعا وهو خلاف التحقيق كما يأتي واورد الشهيد الاول على
ما حكي عنه في بعض تحقيقاته على الثاني بان اثر البيع ومسبب عنه فلا يجوز تعريف البيع
به الا من باب اطلاق السبب على المسبب وذلك مجاز لا يجوز ايراده في مقام التعريف المطلوب
منه بيان الماهيات وفيه انه ليس المراد في امثال هذه المقامات تعريف الماهيات على ما هي
عليه اذ ذلك غير ممكن غالبا وسوف ترى بعض ايهم التحامل عن المعنى المطلوب في هذا المقام
لا ينضبط حيث ادخلوا بعض شرائط البيع في التعريف واهملوا بعض منها فان كان مرادهم

مع

تعريف البيع الصحيح فلا وجه لاهمالهم الشرائط المهملة وان كان مرادهم تعريف الاعم فلا وجه لذكر
الشرائط الصحيحة التي لا دخل لها في حقيقته فيكشف ذلك عن ان بنائهم في امثال هذه المقامات
ليس الا التعريف الكاشف عن الحقيقة بوجه يحصل له الامتياز عن غيره في الجملة ولو ما لا
المجازية ثم لا يجوز ايراد المجازات لو كان المراد تعريف الماهية فيجوز بنحو يتميز عن جميع ما
عداها وليس كك قطعا وكيف كان لا شبهة في فساد ذلك ايضا لكونه خلاف المتبادر من لفظ
البيع بل المتبادر منه هو النقل فيكون حقيقة فيه ولانه هو الموافق لتعاريف البيع وما يشتق
منه من الافعال والصفات اذ لا يراد من بعت انتقلت ولا من البائع المنتقل بل المطرد في الجميع هو
النقل فيكون موضوعا له اجراء على الاصل من التوافق مع الامكان فلا يضر تخلفه في النكاح
لثبوت وضعه للعقد او الوطي وامتناع الموافقة في النكاح وتوجيه صرفه الى معنى آخر
كتمليك الانتفاع والتسليط على الوطي ثم ان ما ذكرنا من كونه حقيقة في النقل انما هو مع انضمام
تقييده بالقبول بان يكون للعقد داخلا والقيد خارجا او ذلك ما اوعيناه جنادرا
من المادة والهيئة وهذا في المشتق من تلك المادة واضح فكذا فيها لاصالة الاتحاد ولا فرق
في هذا المعنى بين البيع وساير الفاظ العقود كالاجارة والصلح والهبة وغيرها ولعل ذلك
هو مراد كل من قال في التعريف انه الايجاب والقبول الدال فلو لم يكن الامر كما ذكرنا لما
بقي وجه لذكر القبول في تعريف البيع مضافا الى ما حكي من تصريح المحقق الشريف بذلك
كيف ما كان اختلفوا في التعبير عن ذلك كاختلافهم في نفس المعنى ففي الشرايع هو اللفظ
الدال على نقل الملك بعوض معلوم وفيه انه ينتقض في طرده باغلب العقود الناقلة للملك
بعوض معلوم كالاجارة والصلح والهبة المعوضة اللهم الا ان يقال ان المراد ما كان موضوعا
لخصوصية هذا الامر فيخرج الصلح والهبة لعدم كونهما موضوعين لخصوصية هذا الامر بل
الصلح يقع على غير الملك كالحقوق والهبة موضوعة للتبرع لا للعوض ولكن الاجارة ما

ح

مع

ح لان الملك اعم من العين والمنفعة وفي اللمعة هو الايجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض
معلوم وهو ايضا كالشرايع فيما ذكرناه وفي التبصرة هو الايجاب والقبول وفساده واضح وفي الارشاد
غير ما ذكر في التبصرة وعن الكركي انه نقل الملك من مالك الى غيره بصيغة مخصوصة وفيه انه منتقض
لما هو عنده من كون المعاطاة بيعا مدعيا الاتفاق عليه وعن ابي الصلاح تقي والحلبي انه عقد يقتضي
استحقاق التصرف في المبيع والثمن وتسليمها وفيه مع ما يرد على الكركي انه مشتمل على الدور كذكر
المبيع فيه لان المراد منه ما ينتقل بالبيع وعن آغا الطباطبائي انه انشاء تمليك على وجه التراضي ومثله
في اعتبار قيد التراضي ما حكي عن الدروس واورد عليهما بانه مستلزم بخروج بيع المكره بالاكراه الشرعي
وفيه ان المراد التراضي من اعتبار الشارع رضاه والمعتبر في بيع المكره رضا الولي الاجباري نحو بيع
مقارن بالتراضي وفي النافع هو الايجاب والقبول اللذان ينتقل بهما العين المملوكة من مالك الى
غيره بعوض مقدر وهذا هو الاحسن من الباقي لخروج العقود التي لا توجب نقلا كالوديعة و
المضاربة والشركة والوكالة وما يوجب نقل الملك بغير عوض كالهبة المحضة والوصية بالمال
وما تضمن نقل المنافع كالاجارة ويدخل فيه مع الوكيل والولي ومع ذلك ينتقض بالصلح
والهبة المعوضة اللهم الا ان يتفصى عن الاشكال بما ذكرنا في تعريف الشرايع والامر في ذلك سهل
بما بعد ما يظهر من هذه الاختلافات من انه ليس بنائهم في امثال المقامات على الكشف في
الجملة ولو لذا قال في النافع الايجاب والقبول حسن وعين لان ينتقل بهما الخ لكان تعريفه
خاليا عن شائبة الاشكال والله الموفق وعلى كل حال وكثيرا ما نطلق البيع على المعاملة القائمة بالبائع
والمبيع والمشتري الحاصلة بلفظ مخصوص او فعل كك ولعل المناسب لقولهم كتاب البيع ولا
من قوله تعالى احل الله البيع وقوله رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله ومن تقسيمهم اياه
بالصحة والفساد واللزوم والجواز فيمكن ان يعرف بانه معاملة موضوعة لتمليك عين بعوض
تمليكا مابه كما هو المحكي عن بعض الفقهاء ولعله خال عن المناقشات الواردة على غيره كما يظهر بالتأمل

الامر الثاني في بيان الفرق بين العقد والايقاع وهو على ما يظهر منهم كما قال السيد العاملي في شرح
على القواعد ان العقد عبارة عما يحتاج ترتب الاثر عليه الى الطرفين الموجب والقابل والظاهر ان مراده
ان اثر العقد لا يتحقق في الخارج الا بتحقق موجب وقابل يقبل الايجاب مع كونه شاعرا بذلك قاصدا
له بخلاف الايقاع فانه يكفي في ترتب الاثر عليه صدور اللفظ من طرف واحد وشعوره وقصده
وان لم يصدر من الاخر لفظ ولا فعل ولم يشعر بما صدر من صاحبه ولم يقصد اصلا هذا هو
مرادهم من الطرفين والا فلا شبهة في احتياج الايقاع ايضا الى اثنين اذ لا معنى لفك الرقبة في العتق الا
وجود معتق ومعتق وكذا في سائر الايقاعات ثم انه كما يكون للافعال في بعض المقامات تأثير
عقد من العقود كالبيع المعاطاة والصلح والاجارة وغيرها فهل يكون لها تأثير في الايقاعات
ايضا ام لا بد فيها من الالفاظ مثل ان الدائن يعطي الرهن الى المديون ولا يأخذ منه الثمن والمنعم
يشير الى المنعم عليه بما يفهم منها ابراء الذمة والسيد يشير الى عبده بكونه معتقا وامثال ذلك
الذي يظهر في باب الخيارات هو الاول حيث قالوا بسقوط الخيار بالتصرف ولكنه في مثل ابراء منهم
الدين والمنعم بها وعتق المملوك مشكل والتحقيق ان مقتضى الاصول الشرعية عدم نفوذ الافعال
في كل موضع قام الدليل على نفوذها فنأخذ به والا فنعمل بمقتضى الاصل كما هو قضية الاحكام المخالفة
للاصول لكن اذا كان ما علم كونه عقدا كالبيع ونظائره فلا اشكال وكذا ما علم كونه ايقاعا كالعتق
واشباهه وما شك في كونه من احدهما كالوقف مثلا حيث اختلفوا فيه فمقتضى اصالة عدم
ترتب الاثر كونه داخلا في العقود لان ترتب الاثر على ما تحقق الايجاب والقبول متيقن وغيره
مشكوك اللهم الا ان يكون هنا دليل مطلق يشمل باطلاقه ما تحقق فيه الايجاب فقط فح
نأخذ به وندعي ان الاصل عدم الاشتراط بشيء اخر الامر الثالث في بيان الفرق بين انواع
العقود المختلفة بحسب الالفاظ من جهة الماهية المشروعة بها والطبيعة المقررة فيها فنقول
انه يمكن ابداء الفرق بين البيع والاجارة وبين الصلح بان العوض ذكر فيهما بخلافه فيجوز ان يكون

الصلح

الصلح من دون عوض وهذا فاسد لانه لا يكون بيانا لماهية الصلح الصادق على جميع افرادها
بل هو بيان لفرد خاص منها وفرق بعض المتأخرين كالفاضل النجفي بانه لا تفرقة بين العقود الا
بحسب الالفاظ فان انتقل الشيء بلفظ البيع يجري عليه احكامه وكذا الصلح وغيره فلو قال صالحتك
بكذا لا يكون له خيار المجلس لعدم شمول قوله البيعان بالخيار ما لم يفترقا بخلاف ما قال بعتك بكذا
وفيه انه ينتقض بعقد الاخرس فهل يجري عليه احكام البيع او الصلح لا يمكن الحكم بواحد من الاحكام
وانه بايهما تعلق يجري عليه احكامه لانا نقول بعد ما بنينا على اتحاد الماهيتين لا معنى للقول
بملاحظة القصد الا ان يقال انه بلاحاظ تعلق قصده باحد اللفظين وذلك ايضا غير سديد لامكان
النقض بالاخرس الذي انتقل ولم يقصد احد اللفظين فان ذلك غير معتبر في الانتقال بل
المعتبر انما هو قصد نفس الانتقال مضافا الى انه يلزم ح توقف الاحكام حيث لا يمكن استعلام
تعلق قصده الى احد اللفظين ويمكن ايراد النقض عليه ايضا بقولنا ملكتك بالعوض المعلوم ان
قلنا بعدم حصر العقود فهل يجري عليه احكام البيع او الاجارة او الصلح ولو قلنا بحصرها فذلك العقد
فاسد لا يترتب عليه اثر حتى يجري عليه احكامها فالحق والتحقيق ان يقال ان الصلح عبارة عن النقل
المقيد بالقبول على وجه المسالمة والمسامحة والمجازات كما هو المنقول عن اهل اللغة والاصل
اتحاد العرف معهما بل هو المتبادر منه عرفا ولذا ترى انا لو اردنا ان نأخذ متاعا من السوق و
صاحب السلعة صالحنا فلم يجوز فهما لو بايعنا السلعة على الثمن ولعله لم ينل من جهة ان
المأخوذ في ماهية الصلح التراضي والتسالم والمجازات ويؤيد ما ذكرنا ايضا نقل بينه الى المفعول
الذي هو مال الصالح بلفظ عن لكونها المجاوزة فيكون المعنى جاوزت عنه بخلاف البيع و
الاجارة فان نقل العين والمنفعة بعوض مقابل من غير اعتبار المجازات والتراضي والتسالم والتسامح بل
المعتبر فيهما المداقة والمماكسة وكلما كان الصلح على وجه المجازات التي تقتضيها حقيقته لا يجري
عليها عليه مقام البيع في صلح العين والاجارة في صلح المنفعة ويكون لفظ الصلح ح مجازا فيتوجه

نزاع جيد وهو انه هل يعتبر في صحة العقود ايرادها بالالفاظ الصريحة الحقيقية او يكفي الصراحة فقط
الاول يكون الصلح الخالي عن المجازات باطلا دون الثاني ويتفرع على هذا الفرع بانه عن قريب
انشاء الله وكذا البيع والاجارة لو اورد من غير قصد المماكسة بل على وجه المجازات يكون مجازا ولعل
مراد شيخنا الطوسي قدس سره القدوسي مما حكي عن مبسوطه من ان الصلح في مقام البيع بيع هو ما
ذكرنا ولا يرد على ما ذكرنا من الفرق النقض بقولنا ملكتك لانه لا يخلو اما ان نقول بانحصار العقود في
العقود المعروفة الفاظها او نقول بعدم الانحصار فعلى الاول لا شبهة في بطلانه وعلى الثاني
فاما ان نعلم انه لم يرد من هذا اللفظ شيئا من البيع او الاجارة او الصلح او نعلم انه اراد البيع مثلا
او غيره او نعلم انه اراد احدهما لكن لا نعلم المراد بخصوصه فعلى الاول لا شبهة في عدم جريان
احكام العقود على هذا العقد الذي يكون ثبوتها موقوفا على دليل شرعي بل يجري فيه حكم
اللزوم والنقل والانتقال فقط لان ذلك من مقتضى نفس العقد والمفروض جعله عقدا
مستقلا وعلى الثاني نعمل في جريان الاحكام بمقتضى ما اراده وحكم الصورة الثالثة حكم الاولى
لاصالة عدم جريان احكام بعض العقود دون بعض لقبح الترجيح من غير مرجح مع كون جملة من احكام
العقود متضادة لكن يبقى في المقام تحقيق ان قولنا ملكتك هل هو عقد مستقل ام لا في
مقام اخر سنشير اليه واما الفرق بين البيع والاجارة فواضح لان الاول موضوع لنقل الاعيان
والثاني لنقل المنافع على ما صرح به غير واحد من الفقهاء وهو المشهور في السنتهم والمدون
في زبرهم ولم اجد فيه مخالفا لا فرق في الاعيان بين كونها متشخصة وكلية مستقرة في الذمة
كالدين ومضمونة كالسلم فيه ومقسومة ومشاعة فانهم اعتبروا كون العين فعلية لا يلتفت
اليه وقد قام الاجماع على ما ذكرناه وشيدناه هذا كله بالنسبة الى المبيع واما الثمن في ظاهرهم
ظاهر الادلة والفتاوى على ما حكي عن المصابيح انه مطلق المقابل فيدخل فيه الشخصي والكلي والعين
والمنفعة بل لو كان المقابل حقا من الحقوق كبيع الغبن بالخيار فيكون بمعنى الاسقاط او نحو التحجير

فيكون

فيكون بمعنى الانتقال الى ان المحكي عن بعض اجلاء فقهاء المتأخرين المنع من القسم الاول ومحتملا ان
البيع يكون من النواقل لا من المسقطات وفيه مع انه مناف لما حكي من اتفاقهم على كفاية مطلق
المقابل منقوض ببيع الدين على من هو عليه الذي لا شبهة في صحته وكونه بيعا مع انه بمعنى اسقاط
الدين ويمكن ان يوجه ما منعه بان حق الخيار ينتقل الى البائع بسبب بيع العين به وليس ببعيد
لم يشع المجد وح يوجه ما منعه بان حق الخيار ينتقل الى البائع بسبب بيع العين به واما الفرق
بين البيع والاجارة وبين هبة العين المعوضة او هبة المنفعة المخصوصة بعوض فبان المأخوذ في
ماهية الهبة النقل على وجه المجانية دونهما فالهبة المعوضة عادة تكون على وجه يراد بها الاكل
في ماهية الهبة النقل كون الشيء الاخر عوضا عن هذا العين او عن هذه المنفعة فلذلك يكون
مجازا ويجري فيه احكام البيع والاجارة بناء على القول بان الاول اصل في نقل الاعيان و
الثاني اصل في نقل المنافع والا فان قلنا بجواز ايراد العقود بالالفاظ المجازية فيكون
ذلك بيعا ويجري فيه احكام الهبة وان لم نقل بذلك فان قلنا بحصر العقود فيكون ذلك
باطلا والا فيكون عقدا مستقلا يعمل في احكامه بما يقتضيه الاصول والقواعد واظهر الثمرة في
بين شيئين مرددا الاول انه لو وهبه بعوض ونكل الاخر عن اعطاء العوض فليس للواهب الفسخ
على الاول منهما ويكون له ذلك على الثاني لما دل على ثبوت الخيار بتأخير قبض العوض كما
سيجيء انشاء الله الامر الرابع في بيان تعريف المشتري والبائع حتى يتميز احدهما عن الاخر ويختص كل
منهما بحكمه اعلم انهم اختلفوا في تعريفهما على اقوال الاول المشتري هو من كان مالكا للمال المأخوذ
للبائع والبائع من سواه وهو المنسوب الى الشهيد الثاني في الثاني ان البائع هو الموجب و
القابل هو المشتري الثالث ان البائع هو من اقدم اولا على النقل والمشتري من اقدم بعده
الرابع ان البائع هو من قصد تمليك ما انتقل الى صاحبه والمشتري هو من قصد تملك المتاع
ان البائع هو مالك المثمن والمشتري هو مالك الثمن السادس ان يميز البائع من المشتري بفهم العرف

فى عقد فى الوقف بابعا ثمن البايع وكذا الحال فى المشترى هذا خلاصة ما ذكروه واورد على الاول
ايرادات منها انه غير شامل للمشترى فى المعاطات لعدم تضمنها على اللفظ حتى يعرف من هو مالك
لمدخول الباء فيحكم عليه انه المشترى وفيه اولا ان خروجها غير مضر فان الشهيد ره غير قايل بكون
المعاطاة بيعا وثانيا ان مراده كون المشترى مما هو من شانه ان يكون مالكا لمدخول الباء يعنى
انه لو فرض عقد لفظى كان هو مالكا لمدخول الباء وان لم يكن البايع مدخولها بالفعل محققا
الثانى انه يخرج عن التعريف ما اذا اصل المشترى القبول متعديا بعلى فانه يكون مالكا لمدخول
على لا لمدخول الباء وفيه ما لا يخفى اذ مراده ره من الباء مطلق حرف الجر لا خصوصها وانما
خصها بالذكر لاغلبيتها فى الاستعمال فتامل الثالث انه منقوض بالبايع فى بيع السلف فانه يكون
مالكا لمدخول الباء فيعد له المشترى وهذا الايراد وان كان واردا الا انه لا يضر فى المقام لان
المقصود من التعريف ليس امتيازه عن جميع ما عداه واورد على الثانى اولا بعدم شموله للمشترى
والبايع المتعاطيين اذ فيهما الا ايجاب ولا قبول وفيه ما ذكرنا وثانيا بالنقض ببيع السلف فان الا
فيه عكس ساير انواع البيع فان الموجب فيه هو القابل فى غيره وكذا العكس وهذا الايراد مدفوع
عنه لان الامر فيه سهل كما عرفت واورد على الثالث بانه وان لم يكن الايراد واردا عليه لان
ايراد الثانى اى النقض ببيع السلف وارد عليه فان المقدم اولا على النقل هو المشترى فيه و
الرابع بانه مستلزم لفساد البيع لو قصد كل منهما تمليك ما انتقل اليه صاحبه او صحته على
الاول يلزم انتفاء المشترى وعلى الثانى انتفاء البايع ولا يعد بيع بعد انتفاء احدهما
وهو كما ترى وعلى الخامس بانه يتوقف على معرفة الثمن والمثمن ومعرفتهما اما ان يكون موكولا
الى فهم العرف او غيره فان كان الاول فرجع التعريف الى التعريف السادس وان كان الثانى
يرد عليه نظير الايرادات المزبورة فالحق والاقوى هو تعريف السادس اى العرف فى التمييز
بينهما هو العرف وان لم يتشخص به ايضا فلا بد حينئذ من الرجوع الى الاصول العلمية اذا عرفت المذكورات

لعليتها

فاعلم ان الكلام الآن يقع فى شرايط العقد والعاقد والمعقود عليه اعلم ارشدك الله سبيل
الرشاد انه اذا كان العقد متضمنا للايجاب والقبول العربيين الصحيحين لغة واعرابا مادة
وهيئة الحقيقيين الصريحين فى نوع العقد المطلوب كالبيع او الاجارة مثلا مع تقديم الايجاب
على القبول وصدورهما بلفظ الماضى مع اتحاد مجلسهما وحصول التوجه فى المخاطبة متصلين
الصادرين من العاقلين البالغين المختارين الجايزين التصرف القاصدين لانشاء التمليك فلا
شبهة فى ترتب الاثر عليه بالضرورة واجماعا نصا وفتوى ورواية وذلك هو القدر المتيقن المجمع
عليه الذى لا ريب فيه ولا شبهة تعتريه الا ان هنا مسايل مختلف فيها ونحن نذكر بعض منها
فنقول **مسئلة** اختلف الاصحاب فى اشتراط العربية فى صيغ العقود اللازمة وعدمه
على قولين والمختار هو الثانى والبيان والصور لا تخلو من اقسام لان العاقد اما ان لا يكون قادرا
على التكلم بالالفاظ العربية اصلا بحيث لا يمكنه التعلم لا او يكون قادرا بالفعل
ولكنه يمكنه التعلم بمشقة او فوت غرض او يمكنه ذلك بدونهما او على التقادير اما ان يمكنه
توكيل غيره فى اجراء الصيغة بسهولة او صعوبة او لا يمكنه ذلك الا ان او يكون قادرا على الالفاظ
فى صورة عدم القدرة باقسامها لا شبهة فى عدم اشتراط العربية بلا خلاف يظهر منهم بل ظاهر
ما حكى من كشف اللثام الاجماع عليه صريحا اذ لا يجرى ما دل على جواز اشارة الاخرس ولزوم
العسر او الضرر فى بعض الصور وعدم دليل على لزوم التوكيل مع اختلاف الاغراض بذلك
لانها لا تنضبط وظهر ان الخلاف انما هو فى صورة القدرة والمشهور شهرة محققة عظيمة الاشتراط
بل عن ظاهر التذكرة الاجماع على عدم الصحة بغير العربية ويؤيده اصالة عدم ترتب الاثر الا
بالقدر المتيقن او التشبث فانه واجب بحث اسم العقد ولو سلمنا انه واجب فيه قيل تنصرف الادلة
عنه لانصرافها الى المعهود المتعارف فى زمان الشارعين ولا شبهة فى كونها عربية وان كان هذا
الوجه ضعيفا لاحتمال كون العربية فى تلك الزمان من المعاوضات الاتفاقية فتامل جيدا

بالعمومات والاطلاقات لعدم الاشتراط ضعيف جدا لانها موهونة بذهاب المعظم على خلافها
فتامل وعلى هذا لو بايع بغير الالفاظ العربية فلا يخلو اما ان يكون عالما بعدم تاثيره او جاهلا
فعلى الاول يجرى على المعاملة حكم المعاطاة لانه لا يقصر عن الاكتفاء بالفعل كالاخذ والعطاء
وعلى الثانى فيه وجهان مما ذكرنا ومن ان الاذن فى التصرف كان مقيدا بحصول النقل اللازم
ولم يحصل وهو الاقوى ويظهر الثمرة فى الرجوع الى المبيع والثمن
بعد التلف فعلى الاول لا يرجع لصيرورة المعاطاة لازمة بعده دون الثانى وعلى القول بعدم
اشتراط الالفاظ العربية هل يعتبر اتحاد مدلولها ام يكفى مطلق ما يفيد فيه احتمالان اقربهما
الاول اقتصارا فيما خالف الاصل على موضع اليقين **مسئلة** لا شبهة فى اعتبار الصحة فى
الفاظ العقود اللازمة فى الجملة واما اللحون فقد يكون بحسب اللغة كاستعمال ضربت
فى مقام بعت وقد يكون بحسب المادة كاستعمال بعث فى مقام اجرت وقد يكون بحسب الهيئة كا
ستعمال باع فى مقام بعت وهذه الاقسام لا تؤثر تاثير العقد قطعا ولا حاجة ذلك مع الى التكلف لنا
بعد دعوى الاجماع على ذلك ويؤيده الاصل وعدم شئ من العمومات والاطلاقات لها
وقد يكون بحسب الاعراب كبعت بفتح التاء فى مقام بعت بكسر التاء وهذا ايضا على قسمين لان
تغيير الاعراب اما ان يكون موجبا لتولد ضرب زايد كحصول ياء فيصير بعث بيعت وبعت
باعت او لا يكون كذلك والاول من القسمين كما فى الصور الثلاثة لعين ما مر فيها والثانى
منهما يجرى فيه التفصيل بين العاجز والقادر فالاول باقسامه يتفق اجماعا والثانى محل الاشكال
والاقوى الاجتزاء به لان الاغتفار مثل هذا التغيير لانه واقع فى جميع اللغات ولا محيص
عن العمل بالعمومات والاطلاقات وما عن فخر المحققين من التفصيل بين النكاح وغيره فى الالفاظ
الملحونة بالنسبة الى العاجز لم يظهر له وجه الا الاحتياط فى الفروج وذلك لا يجدى طائلا فى
مقابل ما مر بل يوجب خلاف الاحتياط لو وقع بالالفاظ الملحونة فتامل **مسئلة** هل يعتبر فى الفاظ

العقود اللازمة كونها حقيقة ودالة على نوع العقد المطلوب بالوضع ام يكفى ايراد المجازات
المحفوفة بالقراين المفيدة للمعنى المراد الذى يظهر منهم هو الاول بل فى مفتاح الكرامة الذى يصنع
عبارات القوم فى الموارد المختلفة كالسلم والاجارة والصلح والنكاح وامثالها ظهور الاتفاق
بذلك بل عن الصيامع دعوى الاجماع عليه ويؤيده الاصل المتقدم وقيل ان كون ذلك متعارفا
فى زمان الشارعين كى يشمله العموم غير معلوم وفيه ان العرف يكون النوع متعارفا لا خصوص كل
فرد فالبيع الصادر بالالفاظ المجازية بيع عرفا ونوع ذلك متعارف فى زمانهم قطعا فلا مانع
من تمسك العمومات والاطلاقات الا ان يتمسك بكونها موهونة ومخصصة على التقريب الذى قد مر وشد
الى ذلك ما عن الاكثر فى باب النكاح من عدم جواز عقد الدائم بلفظ المتعة لكونها مجازا فيه وحقيقة
فى المنقطع ومن بعض الفرق بين المجازات القريبة والبعيدة فتم مما ذكرنا ظهر دليل القول الا
وضعفه مع شذوذه وندوره بل الاجد فاء بالاصر مجانبة لذلك نعم ذهب الكركي والشهيد الى
انعقاد مطلق البيع بلفظ السلم مع كونه مجازا فيه ويستوفى التحقيق فى ذلك ومن ذلك ظهر اعتبار
الطرحة فى الالفاظ بل هو اولى من اعتبار الحقيقة لان المجمل لا يكشف عن المقصود والاجتزاء بها
مستلزم للغرر المنهى عنه فتامل **مسئلة** هل يشترط فى ترتب الاثر على العقود تقديم الايجاب على
القبول ام لا فيه قولان فى نحو ما كان القبول بلفظ قبلت فانه لا يجوز بلا خلاف احده بل
المبسوط وصرح بعض الاتفاق عليه بل الخلاف فيما لو كان القبول بلفظ اشتريت او تملكت او ابتعت
وامثالها فالاكثر على الاشتراط كما نسبه اليهم فى الرياض بل حكى الشهيد ره فى ط عن الخلاف دعوى
الاجماع عليه ويؤيده الاصل المتقدم ولان القبول امر مترتب على الايجاب هو فرع له ورضا به فلا
يتقدم عليه ودعوى جوازه لذلك فى النكاح الذى يراعى فيه الاحتياط وان كانت مما لا شبهة فيها
لكن العلة فى ذلك المقام استحياء المراة من المبادرة سلمنا لكنه خرج عن الاصل بالدليل فيجب الاقتصار
فى مورده والقول الآخر العدم كما فى الشرايع والمسالك واللمعة والروضة وعن الدروس والكفاية

وجماعة من المتاخرين لصدق اسم العقد والبيع على المقبوض فيشمله العمومات والاطلاقات
ودعوى ان المقتضى للنقل والانتقال انما هو الرضا بذلك مع صراحة الالفاظ الكاشفة
عن غير صدخليته للترتيب كما وقع في السالف فاسدة اذ بعد كونها مصادرة يدفعها قوة
احتمال توقيفية الفاظ المعاملات فظهر من ذلك انه لا ينبغي في المقام الا العمومات والاطلاقات
وبها يندفع الاصل المتقدم والاولى كثيرة ليست على حد توجب توهنها الا انها بعد لما بحلاف مع
كونه من الاجلاء ايضا كثيرة وحكاية الاجماع غير معلوم علينا فتامل **مسئلة** ولا
ولا يشترط في صحتها السماع بل يكفي العلم بالصدور ولا يشترط المخاطبة فلو قال زيد بعت ولم يسمع
ولكن علم بالصدور صح لصدق الاسم ولعل فيشمله الادلة نعم لو قال لغيره من خاطبه معه الموجب
او القائل قبلت او بعت لم يصح ولو علم بالصدور لانتفاء المخاطبة ولا يشترط عدم تخلل الرد
من الايجاب والقبول لصدق العقد معه عرفا واستصحاب الصحة التاهلية ولكن الاجماع المنقول
بل المحصل على خلافه يوجب المصير الى كون عدم تخلله شرطا وان كان على خلاف الاصول
القواعد فتامل **مسئلة** ويشترط في عقد البيع التنجيز فلا يصح التعليق وتحقيق المقام يستدعي
رسم مقامات الاول في بيان معنى التعليق فنقول اختلف فيه كلمات القوم فعن بعض ان التعليق
في العقود بمنزلة الترديد في العبادات وفيه انه اخص لعدم شموله ما يتيقن وجوده متاخرا او مقارنا
او متقدما مع انه لو كان المراد هو هذا فليس بقابل للتخصيص كما في العبادات مع انه خرج
جملة من العقود والايقاعات عنه كالوصية والظهار ونحوهما وعن اخر انه جعل العقد موقوفا
على امر متاخر وهو ايضا اخص لعدم شموله للمقارن والمتقدم فالاولى في تعريفه انه جعل
العاقد العقد موقوفا على امر باحدى ادوات الشرط وهو خال من المناقشات وخرج
بقولنا العاقد التعليقات الشرعية كتعليق الايجاب على القبول في العقود والفضولي على الاجازة
ونحو ذلك فانما جعل الشارع لا العاقد وبقولنا موقوفا الالتزامات في العقود كقولنا

كل من المتعاقدين للاخر وشرطت عليك كذا فانه ليس من التعليق فظهر قطعا مما ذكرنا ان محل
النزاع ما اذا قد التعليق اما على امر متاخر او متقدم او مقارن وعلى التقادير اما ان يكون مقتضى
العقد او غيره وعلى كل تقدير اما ان يكون عالما او جاهلا فهذه اثنا عشر قسما لا بد من التكلم فيها
المقام الثاني في تعليق نفس العقد ويتم الكلام فيه برسم مواضع الاول في التعليق على امر متاخر
للقوم في بطلانه وجوه منها الاصل اي اصالة عدم ترتب الاثر واستصحاب حال المتعاقدين و
بحرهما لكون آية اوفوا بالعقود ونحوها منصرفة الى العقود المتعارفة والعقد المعلق على المتاخر
ليس منها وفيه تامل فتدبر ومنها ما قاله الشهيد ره في القواعد من ان الرضا جزم والانشاء شرط في
العقود وهو مناف مع التعليق ثم اورد على نفسه بعض العقود الذي ليس مشتملا على الرضا كبيع
المكره واجاب بانه حكمة وعلة تشريعية في نوع العقود فلا يلزم فيه الاطراد في الدليل والجواب
كليهما نظر اما في الاول فلان فقدان الرضا فعلا لا يوجب فساد العقد كالفضولي فيقع موقوفا
فان جاء الرضا فيؤثر والا فلا واما في الثاني فلانه ره جعل هذا دليلا والدليل يلزم فيه الاطراد
لقوله بكونه حكمة مناف له فتامل ومنها انه مناف للانشاء الذي هو معتبر في العقود وفيه انه
لا ينافيه كما في الاوامر المعلقة ويشهد به عدم فهم العرف من قول البايع بعتكه ان قدم الحاج
عدم حكمه بلغويته ايضا وليس هذا الا لتحقق الانشاء فتامل ومنها انه في قوة اشتراط ما ينافي
مقتضى العقد لان مفادهما هذا الكلام معنوما عدم الانتقال الى زمان تحقق الشرط والمعلق
مع تحقق اصل السبب وفيه اولا انه لا يسمى عرفا وثانيا على فرض التسليم بالفساد انما هو لاجل
انتفاء الدوام لا التنجيز فتم ومنها ما ذكره شيخنا قدس سره في جواهره من ان الظاهر من ادلة الاسباب
كونها مؤثرة من حينها وما نحن فيه ليس كذلك وفيه انه تم لما نقض ما استدل له الفقهاء بما على
الاثر كالوصية على وجه والفضولي كذلك وثانيا انه اخص من المدعى لا يتاتى في المقارن والمتقدم ولكن
التحقيق في وجه البطلان مضافا الى الاجماع ونفي الخلاف كما عن بعض ان التعليق يوجب التثبت

والتشريع من المتعاقدين وذلك لانه في قوة بعت ان قدم الحاج جعل قدوم الحاج سببا للنقل
والانتقال مع ان الشارع لم يجعله سببا وهو كما ترى الثاني في التعليق على امر مقارن وفيه اقوال
اربعة ثالثها التفصيل بين العلم به فيصح والجهل فيبطل ورابعها التفصيل بين ما هو من مقتضيات
العقد فيصح وما ليس منها فلا وهو المختار الثالث في التعليق على امر متقدم وفيه الاحتمالات
الاربعة المتقدمة ايضا المقام الثالث في تعليق الاثار المترتبة على العقد وتوابعه كالتصرف و
الخيار ونحوهما وهي على قسمين ما هو مستقل في ترتبه ذاته وما هو من ضمايم العقد اما الاول
فكالرجوع والاقالة والشفعة والخيار واما الثاني فكالشرط فانه لا يلزم الا في ضمن العقد والحق
فيها عدم جواز التعليق ايضا والوجه ظاهر

مسئلة ومن شروط العاقد اسلامه
لا خلاف في عدم شرطيته على نحو الايجاب الكلي وانما الخلاف فيها في بعض الصور وتنقيح الكلام
ان المتعاقدين اما ان يكونا مسلمين او كافرين متدينين بدين واحد او ازيد او مختلفين لا
نزاع ولا كلام في صحة الاول وكذا في الثاني لو كان العقد صحيحا باعتقادهما وعلى مذهبنا ايضا
وكذا اذا تخالف الثاني لقاعدة الزموهم بما الزموا به انفسهم واما لو كان صحيحا باعتقاد احدهما دون
الاخر فلو كان صحيحا على مذهبنا فنحكم بالصحة لشمول الادلة والا فنحكم بالفساد لعدم دليل على الصحة
واما القسم الثالث فهو محل النزاع في الجملة وانما النزاع فيما لو كان المبيع عبدا مسلما او مصحفا
وكان المشتري كافرا فاختلفوا فيه على قولين الاول هو اشتراط الفساد وعليه المشهور الثاني العدم
لكن يجبر بعد الشراء على بيعه وعليه ابو حنيفة والاقرب الاول

مسئلة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم يملكه وكان مضمونا عليه اما عدم الملك فلانه مقتضى
فرض الفساد واما الضمان بمعنى كون تلفه عليه فهو المعروف من ان كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده
وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده لان المسئلة المفروضة من جزئيات هذه القاعدة فنقول في
القاعدة الاولى للضمان وجوه الاول ما قاله في الرياض انه كما يضمن المشتري مثلا لو قبضه بمعنى انه
يذهب من ماله يلزم عليه ايصال الثمن الى البايع كذلك يضمن بفاسده يلزم عليه رد المبيع وايصاله الى
البايع مع تمامه وفيه ان هذا مجرد الحكم التكليفي مع ان ظاهر الفقهاء بل صريحهم الاستدلال بها
على الحكم الوضعي الثاني ما قاله الشيخ في حواشيه على الروضة انه كما يضمن المشتري بصحيحه مثلا بمعنى ان
الثمن بعد القبض يذهب من ماله ويلزم عليه رده الى البايع فكذلك يضمن بفاسده بمعنى انه لو تلف
في يده فذهب من ماله ويلزم عليه رده الى البايع وفيه ما تقدم آنفا الثالث حمل الضمان على
معناه المعهود من ضمان المثل او القيمة وهذا لا يستقيم في العقد الصحيح فانه ليس لنا عقد صحيح
كان فيه ضمان المثل او القيمة اللهم الا ان يقال ان ضمان المثل او القيمة في مبيع تلف قبل القبض او
ثمن كذلك الا انه خلاف المشهور فان المشهور ذهبوا الى انفساخ العقد من الاصل وحملوا عليه
كل مبيع تلف قبل قبضه الرابع ان كل عقد يجعل العوض في صحيحه يجعل في فاسده وهذا هو المستفاد
من الفقهاء في مطاوي استدلالهم الخامس ان كل عقد يتاتى فيه على العوض وضمان العوضين و
تعهدهما على المتعاقدين في صحيحه فكذا ضمانهما وتعهدهما في فاسده فعلى هذا فالفقرة الاثباتية
تختص بالعقود التي فيها المعاوضة كالبيع والاجارة والفقرة السلبية تختص بالعقود المجانية
كالوديعة والعارية والهبة الغير المعوضة والاجارة بالنسبة الى العين المستاجرة فانه ليس في
صحيح شيء منها العهدة والضمان وكذا في فاسدها لكن لا يخفى ان في شمول هذه الفقرة للعين
المستاجرة والهبة المعوضة نظر السادس ان كل عقد الخسارة في صحيحه بمعنى انه ذهب من كيسه كذا
في فاسده وعلى هذه الفقرة الايجابية تشمل عقود المعاوضة من الهبة الغير المعوضة والفقرة السلبية

عدلهما

مختص بالعقود المجانية كالعارية والوديعة وبعقد المضاربة والشركة التابع ان كل عقد
في صحيحه الضمان والعهدة في الاجزاء فكذا في فاسده وعلى هذا الفقرة الايجابية تختص بالعقود
العوضية فانه على التقادير فيها عهدة ابعاض العوضين كان عليهما عهدة تمامهما والفقرة
السلبية تختص بالمجانية اذ لا ضمان ولا عهدة فيها بالنسبة الى ابعاض المحل الحل ولجوازه وقيل
ان الاقرب هو المعنى الخامس لكون الثاني مجازا فان جعل الضمان بمعنى الخسارة مجاز والثالث
مشتملا على الاضمار والحق لفظه بالنسبة الى الاجزاء وفيه اولا ان الفقهاء بحروفها في المنافع والنماء
المتصلة والمنفصلة مع ان ذا في العقد ليس على عهدته تماما واثباته على عهدة نفس العوضين
وثانيا ان المبيع قبل القبض لو تلف ليس على البائع عهدته وضمانه مع ان مقتضى القاعدة الضمان
وثالثا النقض بالوديعة المضمونة بالنسبة الى الفقرة السلبية فانه ليس في صحيح الضمان وفي
هذه الفاسدة التي كانت الوديعة فيها مضمونة وفساده من الغصبية الضمان والعهدة
ورابعا النقض بالارش فان في صحيح البيع مثلا لو خرج المبيع او الثمن معيبا ضمان الارش وليس
في فاسده كذلك وخامسا النقض بالبيع الفاسد الذي سبب فساده عدم بلوغ المشتري او عدم
كمال العقل ولكن الايضاحات في الكل نظر كما لا يخفى على المتامل فتامل جيدا ثم اذا عرفت ذلك فاعلم
انهم اختلفوا في مدرك هذه القاعدة فقال بعض المحققين ان مدركها هو التراضي المتعاقد
فاذا تشاهد تراضيهم في عقود المعاوضة على العوض وفيه او لا منع التراضي كيف كان بل التراضي
على الوجه المخصوص وثانيا انه لا دليل على حجية التراضي فكيف يصير دليلا على الضمان ثم قال
وقيل انما مستفادة من الادلة الواردة في كل باب وفيه انه لا يتم في الفقرة الاولى وقد قيل انها
مستفادة من قاعدة اليد وفيه نظر من وجوه الاول التقابل بينهما في الاستدلال الثاني ان النسبة
بينهما عموم من وجه فكيف يثبت احدهما بالاخرى الثالث انها لا تنافي في الفقرة الثانية اعني ما لا
يضمن بصحيحه ولكن المحقق ان العمدة في مدرك كلا الفقرتين هو الاجماع

مسئلة ذكر الاصحاب انه لو قال بعتك بلا ثمن او على ان لا ثمن عليك فقال قبلت ففي
انعقاده هبة نظر ينشأ من الالتفات الى المعنى واختلال اللفظ وهل يكون مضمونا على
القابض فيه اشكال ينشأ من كون البيع الفاسد مضمونا اولا قد ذكره العلامة في كرة وقال
للشافعية فيه وجهان وهو منافي ما حكاه ايضاح وفي حواشي الشهيد ان ذلك يبنى على ان العقود
هل تتبع القصود او الاصطلاحية فعلى الاول لا بيع لان البيع لا بد فيه من العوض وانتفاء الجهالة و
على الثاني يصح ثم نقل قولا بانه يصح لان الاصل فان قصد البيع بطل وان قصد الهبة صحت وفيه ان
مجرد القصد غير كاف من دون حصول سببه ثم قال في وجه نظر انه ينشأ من وجود لفظ
البيع المقتضي للثمن ووجود المنافي لصحته وهو اشتراط عدم الثمن فيكون بيعا فاسدا ومن ان
التقييد بعدم الثمن قرينة ارادة الهبة من لفظه لان الهبة هي التمليك بغير عوض فهو نص في
المعنى ثم ضعفه بان استعمال البيع في الهبة مجاز لم ينقل ولا بد في المجاز من النقل وضعفه ثم امتنع
مخالفة للانسان قلت الحق انه يشترط النقل في العلاقات واما افرادها فيجوز فيها التجوز ولا
يحتاج الى النقل ما لم نعلم عدم الجواز في النخلة للانسان نعلم الحق فظهر ان بين المقامين فرق واضح
فتم **مسئلة** ذكر الاصحاب رضوان الله عليهم انه يجوز ان يجمع بين شيئين مختلفين فاكثر
في عقد كما اذا قال مثلا بعتك هذه الدار واجرتك الدار بالف ونحو ذلك بلا خلاف اجده في
صحة ذلك الا ما حكي عن صاحب مجمع البرهان حيث انه تامل في صحته لوجه لم يظهر لكثير ممن تاخر
عنه وجيه ولعله او غايتها حصول الجهالة وهي مدفوعة بان الجميع بمنزلة عقد واحد والعوض
فيه معلوم بالنسبة الى الجملة وهو كاف في انتفاء الغرر والجهالة وان كان عوض كل منها بخصوصه
غير معلوم حال العقد وكون كل واحد بخصوصه بيعا في المعنى وبعضه اجارة وغيرها الى
العوض معلوم لا يقدح لان هذا العقد لجهتين فبحسب الصورة هو عقد واحد فيكفي العلم بالنسبة
اليه ويدل عليه الاصل والعمومات الدالة على العادة ما لو قال بعتك بالف واجرتك بالف

فقال قبلت كان صحيحا بالاجماع ويكون العقد متعددا وان جمع المشتري بينهما في القبول كما في كرة
مسئلة في انه هل يشترط في صحة البيع تحقق اللفظ كما يشترط في لزومه ام لا بل يكفي مجرد
التعاطي في حصول النقل وبعبارة اخرى هل المعاطاة بيع ام لا وتوضيحه يستدعي رسم مقامات
المقام الاول في نقل الاقوال فنقول بان اللفظ شرط في تحقق النقل فلا ينتقل الثمن الى المشتري
ولا الثمن الى البائع بدون اللفظ بل يحرم تصرف المشتري في المثمن والبائع في الثمن بدونه وهو
المنقول عن العلامة وقول بعدم الاشتراط فيحصل النقل بمجرد التعاطي بل يحصل اللزوم ايضا
وهو المحكي عن المفيد ره وقول بتوقف اللزوم على اللفظ دون الصحة فيحصل النقل بالمعاطاة وهو
المنسوب الى المشهور وقول بتوقف الصحة عليه لكن يجوز للمشتري التصرف في المثمن والبائع في الثمن
التصرف في الثمن فعليه لا يوجب المعاطاة الا الاباحة الخاصة وهو منسوب الى المشهور ايضا
وذهب بعض المشايخ الى ما حكي عنه الى ان المعاطاة ليست بيعا ولا اباحة خاصة بل هي
معاوضة على حدة ثم مستقلة وحكي عن الشيخ في جواهره انه قال لولا الاجماع على خلافه لكان المصير اليه
وجيها هذا والمناسب في المقام ان تحقق قول المشهور فاعلم ان المحقق الكركي قد اسند القول الثالث
اليهم واستند لذلك بكلامهم حيث قالوا ان المعاطاة تصير لازما بعد تلف احد العوضين او
احدهما قال هذا الكلام منهم يدل على ما ذكرناه من وجوه ثلثة الاول ان اللزوم بعد التلف ظاهر
في الصحة قبله وهو الظاهر الثاني ان اللزوم يستلزم الصحة فلو لم يكن التعاطي قبل التلف ظاهر الصحة قبله
وهو الظاهر الثاني ان اللزوم ليس موجبا للصحة بل يلزم ان يكون التلف موجبا لحصول الصحة
واللزوم معا ولم يقل به احد الثالث ان مقتضى القاعدة هو الحكم بالفساد اذ لو لم يحكم بترتب النقل
على التعاطي كما هو المفروض فالحكم بكون ما في يد المشتري من المثمن والثمن مغصوبا لانه عنده
اذ لا معنى للاباحة الخاصة بانها غير مقصودة لهما وح فكيف يمكن الحكم باللزوم بعد التلف
مضافا الى الاجماع الذي ادعاه على حصول النقل بالمعاطاة ولكن الحق ان المشهور هو القول الا
وتبعه

ويشهد بذلك صريح كلماتهم ومع ذلك لا بد من حمل كلامهم الذي تمسك به الفاضل المزبور بما
لا منافاة بينهما مع ان في بعض ما ذكره نظر واضح فتم المقام الثاني في بيان الثمرة بين الاقوال
ولا بد ان يعلم اولا ان مرجع الاقوال المزبورة الى امور ثلثة احدها عدم تحقق الملكية و لا
اباحة التصرف بمجرد التعاطي وهو محصل القول الاول والاخر حصول الملكية ويلزمه اباحة
التصرف وذلك محصل الاقوال الباقية سوى الثالث منها كما لا يخفى الثالث ثبوت الاباحة فقط
دون الملكية وهو حاصل القول الرابع اذا عرفت ذلك علم انهم ذكروا في المقام ثمرات كثيرة منها
عدم جواز تصرف المشتري في نماء المبيع والبائع في الثمن بناء على الاول وجوازهما على الثاني
واحتمال كل منهما على الثالث اما عدم الجواز على الاول فواضح اذ مقتضاه عدم جواز التصرف
في العين ففي النماء اولى واما الجواز على الثاني فلان مقتضاه حصول الملكية بالنسبة الى العين
ومعلومات النماء تابع لها فيحصل الملكية بالنسبة اليها ايضا فيجوز التصرف فيه واحتمال ان نقول
ما ابيح التصرف فيه هو العين واما النماء فلا دليل على اباحة التصرف فيه اذ التبعية انما هي
في الملكية لا غيرها فلا يجوز التصرف فيه وقد اورد المحقق الكركي على هذه الثمرة فقال كما عنه الا
قسام المتصورة بالنسبة الى نماء الثمن والمثمن ثلثة لانهما اما ان يكونا موجودين او معدومين
او احدهما موجودا والاخر معدوما لا كلام على الثاني لعدم ظهور الثمرة ح ومقتضى اطلاق
كلام القائل ظهور الثمرة في النماء هو ظهورها في الشقين الاخيرين مع ان الظاهر على
الاخير انه على القول بالاباحة وحصول الملكية لا بد من الحكم بجواز التصرف في النماء الموجود لان
ان حكم النماء حكم العين كما انهم حكموا بلزوم المعاطاة بتلف احد العينين فلا بد ان يحكموا
بلزومها بتلف نماء احدهما فيجوز للمشتري مثلا التصرف في نماء المبيع الثمن بعد تلف نماء الثمن
عند البائع ولو على القول بالاباحة مع ان اطلاق ذكرهم تلك الثمرة ظاهر في عدم ظهورها
ولو في تلك الحالة وفيه ان لزوم المعاطاة بتلف احد التمامين ثم لعدم دليل على اللزوم غاية ما يكن

كونه ولبيلا على امر الاول بنافي المتعاطيين وتراضيهما عليه حرمة ثم ان بناءهما على اللزوم فعلهما حالة بقاء
العينين وتراضيهما فضلا عن حالة التلف الثاني ان قاعدة الضرر بتقريب انه جواز رجوع مالك العين
الموجود اليه مع تلف نماء المالك الاخر عنده ضرر عليه الثالث قوله الناس مسلطون على اموالهم فمن
تلف نماء المال الاخر عينه مال له مسلط بجعل ماله كما يحب لو تلف لما كان له الرجوع الى عوضه
وفي الجميع نظر اما في الاول فلان مجرد البناء مطلقا لا يوجب اللزوم لعدم الدليل عليه كيف وقد
اجمعوا على خلافه حيث حكموا بضمان البايع والمشتري بما في يدهما من مال الاخر لو كان البيع فاسدا
مع ان بناءهما على عدم الضمان فان قلت فرق بين المقامين فان فيما نحن فيه بناءهما على عدم الضمان
الاباحة بخلاف المقيس عليه فان بناءهما على البيع وهو لم يحصل ولم يكن بناؤهما على الاباحة حتى
ينتفي الضمان فبناؤهما فيه على عدم الضمان لزعمهما حصول البيع فاذا لم يحصل حصل الضمان قلت نحن
نفرض الكلام فيما اذا كانا عالمين بفساد البيع فحكموا ايضا بالضمان مع ان بناءهما على عدمه فتدبر
هذا كله اذا كان مراد الخصم كون مجرد البناء مطلقا ولو خاليا عليه واما اذا اراد كون البناء
في هذا المقام الخاص ملزوما فيه انه لا دليل عليه سوى الاجماع المنعقد على لزوم المعاطاة بالتلف
على من لاحظه مختص بتلف العينين او احدهما وفيما نحن فيه تلف النماء وعليه لا وجه له واما في الثاني
فلان معنى الاباحة هو مجرد جواز التصرف فيما ابيح التصرف فيه وجواز استرداده ما دام باقيا
وعدم الضمان ح في صورة التلف فكل واحد من المتعاطيين قد اقدم على ضرره لاقدامه
على الاباحة التي مقتضاها كما عرفت عدم الضمان في صورة التلف في لم يتلف نماء ماله لا استرداده
من الاخر وان لزم الضرر عليه لاقدامه على الضرر وسلمنا عدم اقدامه على الضرر ولزوم الجبار ضرره
على من تلف النماء هذا لكن القاعدة المزبورة كما عرفت غير مرة لا تعين الموضوع والصغرى فكان
ضرره يجبر بجواز تصرفه في النماء الباقي عنده فكذا يجبر باخذ التالف والقيمة فيحتمل حرمة تصرفه
فيه على القول بالاباحة فتمم التمرة واما في الثالث فلان قوله ع الناس مسلطون وان كان مطلقا شاملا

لافراد التسلطات الا ان اطلاقه وارد في مورد حكم اخر فانه ع بصدد بيان ان المالك لا يمنع من التصرف
في امواله الا ان من التصرفات جائز له واما لا يجوز مضافا الى انه ظاهر في تسلطه على التصرف في امواله
على الوجه المشروعة فلتسلطه على بيعه وصلحه ونحوهما وكون ما نحن فيه مشروعا اول الكلام مع ان
الرواية المزبورة دليل لنا لا علينا اذ مقتضاها تسلط من تلف نماءه ماله على استرداده فيحرم على الاخر
التصرف فيه وهو المطلوب ومنها ما ذكره بعض الافاضل من ان المعاطاة لو وقعت فضولية فاذا لحقها
الاجازة من المالك فلا يؤثر شيء على القول الاول ويحصل الاباحة من حين الاجازة وعدمها على القول
الثالث ويحصل الملكية من حين التعاطي على الثاني من الاقوال بناء على كون الاجازة كاشفة كما
هو الحق ومنها انه لو جنّ احد المتعاطيين او اغمي عليه فيحرم على الاخر التصرف في ماله بدون اذن الولي
والحاكم على القول بالاباحة وجوازه على القول بالملكية فان قلت على القولين يجوز له التصرف
فيه اما على الثاني فواضح واما على الاول فلان اباحة التصرف فيه اباحة في جميع التصرفات الا ان
قاصدهما ماذون في التصرف في مال الاخر حال جنونه مثلا بالاذن حال الصحة ولا حجر فيه كما
اذا اذن بالتصرف في ماله فيجوز للماذون التصرف فيه حال نومه فلا ثمرة قلت نعم ولكنه خلاف
الاجماع فانه قد انعقد على عدم جواز التصرف لو جنّ المبيح او اغمي عليه فتتم الثمرة ولو لم يعونه
ذلك الاجماع ولولاه لحكمنا بجواز التصرف في تلك الحالة ايضا ولو على القول بالاباحة فان قلت
على القولين لا يجوز له التصرف فيه اما على القول الاول فواضح واما على الثاني فلان المعاطاة
ليست اشد حكما من العقود الجائزة غاية الامر تساويها كما ان الوكالة وغيرها من العقود الجائزة
يبطل بعروض تلك العوارض تبطل المعاطاة بها ايضا فلا يجوز له التصرف ولو على القول بالملكية فلا
ثمرة قلت هذا انما يتم لو قلنا بان العلة في بطلان العقود الجائزة بالعوارض انما هي جوازها
وليس كذلك بل العلة انما هي كون مدار الوكالة ونحوها على مجرد الاذن بخلاف المعاطاة فان
المدار فيها مضافا الى الاذن على تحقق الملكية فاين هذا من ذاك فان قلت لا فرق بين الوكالة

التصرفات في

ونحوها وبين المعاطاة في عدم البطلان بالجنون والاغماء بناء على ما ذكرت انفا من بقاء اثر الاذن
ولو في حال جنون الاذن قلت الفارق هو الاجماع فانه انعقد على بطلان ما هو مدار على مجرد
الاذن وذلك لا يجري في المعاطاة لعدم انحصار مداره عليه كما عرفت ومنها بطلان المعاطاة
لو فصل بين فعل احد المتعاطيين وفعل الاخر على القول بالملكية بناء على اشتراط جميع شرائط العقد
و البيع في المعاطاة سوى اللفظ وعدم بطلانها على القول بالاباحة لعدم اشتراط التقارن بينهما
ومنها انه لو قصد والعطاء من احدهما ورده الاخر فندم واراد قبوله فعلى القول بالاباحة يكفي
فعله فقط في تحقق المعاطاة ولا يحتاج الى فعل مجدد من الاول واما على القول بالملكية فلابد من
قصد وفعل مجدد من الاول بعد رد الاخر حتى يحصل المعاطاة ودليله واضح فتامل هذا خلاصة
ما ذكره القوم في بيان الثمرة وعليك بالتامل فيها **تتميم** اعلم ان لنا اقساما من الحق منها ما يجوز
صلحه لكن لا مطلقا بل بمن عليه الحق ويجوز الاستنابة فيه ويجوز اسقاطه لكن لا يجوز نقله الى الغير
كحق الخيار فانه يجوز مصالحته بمن عليه الخيار ويجوز التوكيل فيه ويجوز اسقاطه لكن لا يجوز نقله
الى الغير فان نقل خيار الحيوان مثلا الى الغير باحد الاسباب الناقلة اما معناه تسلطه على الفسخ
فقط فيرجع الثمن الى المشتري والمثمن الى البايع او معناه رجوع مال الناقل الى المنقول اليه بعد
الفسخ فيرجع الثمن اليه لو كان المشتري ناقلا والمثمن لو كان البايع ناقلا وكل واحد من المعنيين
باطل اما الاول فلان اطلاقات ادلة الاسباب الناقلة من نقل المال ينتفي بلا دليل والاصل
يحكم بفساده وايضا لان العقد عقد سفهائي وهو باطل لعدم ترتب فائدة عليه والتحقيق
ان المسئلة انما كانت اجماعية فهو والا فلا تقول بصحة النقل لهذا المعنى قوي لشمول
الاطلاقات وانصرافها عنه يحكم ركونه الزام العقد وابطاله بيد شخص فائدة له مضافا
الى الفوائد التي يمكن استخراجها كما لا يخفى هذا اذا اريد من نقل الخيار نقله على سبيل الاستقلال
واذا اريد نقله بتبعية نقل العين فلا يجوز ايضا اذ لو نقل البايع خيار الثابت له بتبعية نقل عين المبيع

الى غير المشتري الاول فسخ بيعه الاول فلا يبقى له خيار حتى يمكن نقله وكذا المشتري لو اشترى شيئا
مع ثبوت الخيار له فلا يمكن له نقل ذلك الخيار الى الغير بتبعية نقل العين اذ نقلها موجب للزوم
العقد الاول فلا يبقى له خيار حتى يمكن نقله هنا ومنها ما هو كالاول الا انه لا يجوز نقله بالبيع
كحق المرتهن في المرهون فانه يجوز مصالحته بالرهن ويجوز التوكيل فيه ويجوز اسقاطه ولا يجوز
نقله مستقلا الى الغير اذ معنى نقل المرتهن حقه على سبيل الاستقلال الى الغير اما معناه مجرد
تسلط الغير على بيع المرهون بعد انقضاء الاجل وعدم رد الدين الى المرتهن وتسليم قدر الدين
الى المرتهن والباقي لو كان الى الراهن او معناه كون مال المرتهن بمعنى مقدار الدين ملكا لذلك الغير
فيكون عين المرتهن فان كان المراد هو الاول ففيه انه لا يمكن نقله بهذا المعنى لعدم انفاق ادلة الاسباب
الناقلة عنه ولانه معاملة سفهائية لا يترتب عليها فائدة وان كان الثاني هو المراد ففيه ان
امثال ذلك غير معهود من الشارع ولم يعهد منه نقل الملك وهو ما للمرتهن بتبعية نقل
الحق لكن لا يجوز نقل هذا الحق بالبيع بان ينقل المرتهن باحد الاسباب الناقلة ماله على ذمة
الراهن من الدين وينقل بتبعيته حقه الثابت له في المرهون لكون المعاملة ح متضمنة للغاء
وشمول الاطلاقات لها بالضرورة ومنها ما هو كالثاني الا انه يجوز نقله بالاستقلال
او تبعا ومنها ايضا كحق التحجير فانه يجوز الاستنابة فيه ويجوز اسقاطه ونقله مطلقا مستقلا
او تبعا ومنها ما لا يقبل شيئا من المذكورات كحق الاخوة فان حق الاب على الابن في ان لا
ينقلصر في الجلوس والكلام لا يقبل شيئا من المذكورات ومنها ما هو كالاجرة الا انه لا يجوز
نقله بعضه الى الغير كحق الاولوية في المساجد والمدارس والقناطر والخانقاه ومنها ما لا يقبل
شيئا مصالحته بمن هو عليه الحق كحق رجوع الزوج الى الزوجة في عدة طلاق الرجعي ومنها
ما يجوز الاستنابة فيه فقط كحق ولاية الاب على الابن والحاكم على الصغير اذا عرفت ذلك فالمناسب
لنا سبب تشخيص ان حق كل واحد من المتعاطيين في الرجوع الى الاخر داخل في اي من الاقسام المزبورة

فنقول ان الكلام يقع تارة في جواز اسقاطه ومرة في جواز اسقاطه بلفظ اسقطت وغيره مما يوجب
السقوط واخرى في جواز اشتراط اسقاطه اما الكلام في الاول فيقع في مقامين الاول في انه هل يجوز
انتقال الجواز الذي هو صفة للعقد ام لا والثاني هو الاقوى لان الجواز الذي يتصف به العقد
بانه غير لازم بمنزلة الحكم التكليفي ولا ريب ان حكم التكليفي لا يقبل النقل ولان الادلة الدالة على
صحة المصالحة مخصصة بالامر الذي يوجب تحليل الحرام وحرمة الحلال ونقل الجواز معناه جعل
العقد الذي جعله الشارع جائزا لازما فكان الناقل اراد تغيير مجعول الشارع وهو بمنزلة
تحريم الحلال فلا دليل على صحة تلك المصالحة اذا عرفت الكلام في العقد عرفت الكلام فيما
نحن فيه اعني المعاطاة فلا يجوز نقل الجواز الذي اثبته الشارع لها الثاني في انه هل يجوز
نقل القائل حقه الثابت له بسبب جواز عقده في الرجوع الى الاخر ام لا والحق هو الثاني
ايضا ويظهر دليله مما مر وتقريبه ان المراد من نقله اما نقله على سبيل الاستقلال او بالتبع
ومعنى النقل على الوجه الاول اما مجرد صيرورة المنقول اليه مسلطا على انهدام العقد ورجوع
مال كل واحد من المتعاقدين الى صاحبه او كونه بمنزلة الناقل نفسه في تسلطه على هدم
العقد ورجوع ماله اليه فيرجع مال الناقل الى المنقول اليه بعد الهدم فان كان الاول ففيه
ان ادلة ايضا النقل منصرفة عنه مع انه معاملة سفهائية لا يترتب عليها فائدة وان كان
الثاني ففيه ان مجرد نقل الحق كما هو المفروض لا يوجب نقل مال الناقل الى المنقول اليه كما
لا يخفى وكذا نقله بالبيع لا يجوز ايضا لعين ما مر في القسم الاول من اقسام الحقوق فلا
نطيل الكلام بذكره هذا اذا انعقد عقد في البين والا فالامر واضح فيما نحن فيه فالكلام فيه هو
الكلام في العقد ايضا فيعلم حكمه بالمقايسة فلا يجوز نقل كل واحد من المتعاطيين حقه
الثابت له بالمعاطاة كما لا يجوز نقل الحق الثابت بالعقد واما الكلام في الثاني فهو انه هل
يجوز اسقاط الرجوع الثابت في المعاطاة ام لا فيقع الكلام تارة في جواز اسقاط الجواز الذي هو

صفة

صفة المعاطاة واخرى في جواز اسقاط الحق الرجوع الثابت للمتعاطيين بسبب كون المعاطاة جائزة
اما الاول فالكلام فيه هو الكلام في جواز صلحه وعدمه كما عرفت واما الكلام في الثاني فهو ان الاقوى
عدم جواز الاسقاط والدليل عليه ان العقود على قسمين احدهما ما يوجد فيه مقتضى اللزوم ولكن
الشارع يجعل بعض انواعه غير لازم بملاحظة علة كعقد البيع فانه لازم ومقتضي اللزوم فيه موجود
الا ان الشارع حكم بعدم لزوم بعض افراده كبيع الحيوان مثلا لعلة وهي الارفاق بالمشتري مثلا
ولا ريب ولا شبهة في جواز اسقاطه لان الجواز الطارئ على ذلك البيع والاخر ما لم يكن كذلك بل
الشارع قد جعله جائزا غير لازم فلا يكون مقتضي اللزوم فيه موجودا فيكون الجواز لذلك العقد
بمنزلة الحكم التكليفي كعقد الوكالة فان الجواز امر لازم له ولا ينفك عنه فلا يجوز اسقاطه و
المعاطاة وان لم تكن عقدا الا انها من قبيل الثاني في عدم اقتضائها اللزوم وكون الجواز
لازما لها فحكم فيها بعدم جواز الاسقاط لما عرفت واما الكلام في الثالث اي جواز اشتراط
اسقاط ذلك الحق فيقع في موضعين الاول في جواز اشتراط اسقاطه فنقول لانه يتصور على صور
لانه اما ان يشترط اسقاط ذلك الحق قبل تحققه بان يعقد عقدا ويشترط في ضمنه اسقاط حقه
الذي يثبت له بسبب المعاطاة التي يوقع بعده تنبيه قد ظهر لك ان المعاطاة لا تصير لازمة
بشيء من النقل والاسقاط واشتراط السقوط والكلام الآن انما هو فيما يوجب لزومها وهو ذهاب
العينين او احدهما في الجملة وتفصيل الكلام ان ذهابهما معا او واحد منهما اما ان يكون بالتلف
او النقل الشرعي او التغيير فيها بصورة الخلطة الواقعة عليها المعاطاة وقبلها وعلى التقادير اما
ان يكون الذهاب متعلقا بالعينين معا باجمعهما او ببعض كل واحد منهما او باحدهما
دون الاخرى او يكون احدهما باقيا وبعض الاخرى تالفا ولا بد في التكلم في تلك الاقسام
على كل واحد من الاقوال الاربعة وليس في عبارات الاصحاب ما يدل على الاقسام بالتفصيل
ونحن نقول بالتفصيل ونقيد في التكلم على القول بالاباحة فنقول انه لو تلفت العينان

باجمعهما فيلزم المعاطاة اي ليس لكل واحد من المتعاطيين الرجوع بمثل التالف او قيمته الى الاخر
لذكروا الوجهين الاول كون بناء المتعاطيين على عدم الرجوع في صورة التلف فيلزم على
كل واحد منهما العمل بما بنياه عليه الثاني الاجماع والظ ان المراد منه هنا انهم قد اجمعوا على
عدم جواز الرجوع في صورة تلف العينين الا ان قولهم به مستند الى ما هو غير وجيه عند
القائلين بالاباحة والاجماع المدعى لو كان المراد منه هذا لم ينهض دليلا على القول بالاباحة
وكيف كان فالاجماع ان تم هو المستند والا فالدليل يظهر ضعفه مما سيجيء ولو تلفت احديهما
ففي لزوم المعاطاة ح وعدمه احتمالان بل قولان احدهما اللزوم والاقوى لا واستدل للاول
بان بنائهما على اللزوم فيلزم وفيه بعد تسليم كون بناء المتعاطيين عليه ان مجرد البناء
لا يوجب الالزام بما بنيا عليه كيف وقد مرت الاشارة الى ان الاجماع على خلافه في خصوص
مسئلة المقبوض بالبيع الفاسد حيث اجمعوا فيه على الضمان مع ان بنائهما على عدمه و
استدل للاول بان بنائهما على اللزوم فيلزم وفيه بعد تسليم كون بناء المتعاطيين عليه ان
مجرد البناء لا يوجب الالزام بما بنيا عليه كيف وقد مرت الاشارة الى ان الاجماع على خلافه في
خصوص مسئلة المقبوض بالبيع الفاسد حيث اجمعوا فيه على الضمان مع ان بنائهما [illegible] بقوله
تعالى تجارة عن تراض وفيه ما فيه وبقوله الناس مسلطون على اموالهم وفيه انه على خلاف
المقصود ادل كما هو واضح وبقوله لا ضرر ولا ضرار وتقريبه ان القائل بجواز رجوع من يكون
عين ماله باقية اما ان يجوز رجوع الاخر اليه بقيمة التالف او مثله ام لا وعلى الاول
فيلزم الضرر عليه بالضرورة وعلى الاول فاما ان المثل او القيمة انقص من العين الباقية
او ازيد او مساو وبالنظر على الاول يلزم الضرر على من تلف ماله فيحكم في هذه الصورة
باللزوم فرارا عن لزوم الضرر في الصورتين الاخيرتين بالاجماع المركب وفيه اولا انه منقوض بنفسه
اقدم على الضرر فان اباحة جميع التصرفات ولو كانت بعوض مقتضاها ليس الا الرجوع

بالمثل

الرجوع بالمثل او القيمة مع التلف فمن اقدم عليها اقدم على ضرره فتم اذا عرفت الكلام في هذين القسمين
عرفت الكلام في القسمين الاخيرين اي صورة تلف بعض كل واحد من العينين او بقاء احديهما
وتلف بعض الاخر هذا على القول بالاباحة واما على القول بحصول الملكية المتزلزلة فلو تلفت
العينان تصير المعاطاة لازمة بالمعنى الذي عرفت لان مقتضى جوازه جواز فسخه ولا يتعقل
الفسخ هنا اذ مقتضى الفسخ رجوع ملك كل واحد من الناقلين الى صاحبه والمفروض تلف ملكيهما
فلا يمكن رجوع اليهما فلا فسخ وهو المط فتم هذا مضافا الى الاجماع ولو تلفت احديهما ففي
المسئلة احتمالات ثلثة لزوم المعاطاة مطلقا وجوازه مطلقا والتفصيل بالنسبة الى الباقية و
التالفة فاللزوم في الثاني والجواز في الاول واستدل للثاني بالاستصحاب وتقريبه انه
في صورة بقاء العينين كانت المعاطاة جائزة في صورة تلف احديهما للشك في الجواز وعدمه
فيستصحب وفيه ان الاستصحاب حجة ما لم يرد دليل وارد وهو هنا موجود لان الفسخ لا يتعقل
لما اشرنا اليه مضافا الى كون ذلك الاستصحاب معارضا باستصحاب الملكية اللاحقة فتدبر
هذا كله على القول بالنقل على سبيل الجواز واما على القول بالنقل اللازم فلو تلفت العينان
فلا بد من الحكم باللزوم للاولوية القطعية ولان كل واحد منهما تلفت في ملك صاحبها فكيف
يمكن له الرجوع الى الاخر بالمثل او القيمة فان قلت فكيف حكم بجواز الرجوع الى المثل او القيمة لو
تلف المبيع في زمان الخيار مع انه كان في ملك المشتري ومقتضى ما ذكرت عدم جواز رجوعه
الى البائع قلت ذلك الحكم قد ثبت هنا على خلاف القاعدة بالدليل الوارد ووجه الدلالة
ذلك الدليل بان المبيع يدخله قبل تلفه في آن العقلي في ملك البائع واقع في ملكه فيعود
للمشتري اليه وذلك التوجيه وان كان جاريا في المقام الا ان الدليل الوارد المصحح له منتف
هنا هذا وبما ذكرنا ظهر الحكم فيما اذا تلف احديهما او بعض كل منهما او بعض احديهما ويظهر الحكم
في الاقسام الاربعة على القول بكون المعاطاة معاوضة على حدة فان حكمها حكم الملكية المتزلزلة

البيع

لو كانت معاوضة والملكية اللازمة لو كانت معاوضة لازمة هذا تمام الكلام في التلف وانما
الاول ان ذهاب العين بالاقسام الاربعة المزبورة بالنقل الى الغير باحد اسباب النقل او من يد
الى اخرى فنقل القول بالاباحة فقد اختلفوا فيه على اقوال قول بصحة النقل ووقوعه من البيع مطلقا
وان قصد الناقل وهو المباح له وقوعه عنه وهذا القول يستلزم لزوم المعاطاة فالقائل
به دعوى ان الاولى اما صحة النقل واخرى وقوعه من البيع واجمع الاولى بان البيع قد اباح للمباح له
جميع التصرفات في ماله ومنها نقله بالناقل فيكون مأذونا من المالك في النقل فيصح نقله و
الثانية بالقاعدة المسلمة الدالة على ان المعوض تابع للعوض والعوض ملك للبيع بالفرض فليكن
المعوض ملكا له بالقاعدة وهو المراد من وقوع النقل عنه وفيه ان البيع اما ان يأذن للمباح له ان
يتصرف في ماله قبل البيع او يأذن له التصرف من نفسه فان كان الاول فلا كلام في وقوع
النقل من البيع ولا نزاع فيه انما الكلام فيما اذن له التصرف فيه من نفسه وح فلا يمكن القول بوقوعه
من المباح له لما هو مسلم عند الخصم من تابعية المعوض العوض ولا القول بوقوعه عن البيع لعدم
اقتران الوقوع منه الاذن فلا بد اما من القول بالفساد راسا او كونه مراعى حتى يجيز البيع
او يرد وقول بالفساد راسا واستدل له بان الناقل قد قصد النقل عنه ولم يقع العقد
عليه لتابعية المعوض للعوض والنقل عن البيع لم يكن مقصودا اصلا فلا يمكن وقوعه عنه لتابعية
العقد للقصد فلا بد من الحكم بالفساد وفيه ان القصد على ما حققنا في محله على قسمين احدهما
ما هو مقوم للعقد ومشخص له والآخر ما لم يكن كذلك وظاهر معتبر في العقد والعقد تابع
له هو الاول وما نحن فيه من قبيل الثاني فلا وجه للفساد وقد حققنا الكلام فيه في مسألة
بيع الغاصب فراجعها وقول بالصحة ووقوع النقل عن الناقل الا انه يعتبر عوضا بـ
الاولى للصحة واستدل على ذلك بان العقد قاصد ومن اهله ووقع على محل قابل فتشمله ادلة
الوفاء والثانية ان مقتضى العقد حصول اثره بالنسبة الى العاقد فالمانع مانع ولا مانع

من

البيع

ولا مانع من كون النقل عن المباح له وصيرورة المعوض ملكا له سوى تابعية المعوض للعوض وهي
ممنوعة لعدم دليل عليها وفيه ان معنى لفظ البيع اقوى دليل على لزوم تابعية كل بدله الا
ترى ان الحد الذي عرفوه به من ان البيع هو نقل الملك بعوض معلوم ولا ريب ان الظاهر منه اعتبار
اقامة العوض مقام المعوض وهذا هو المراد من القاعدة المزبورة والحاصل ان البيع لا يصدق
على نقل المعوض الى المباح له مع كون العوض باقيا على ملك البيع كما هو المفروض ثم ان القائلين بصحة
النقل ووقوعه من المباح له قد اختلفوا اعلالا وبعد اقوال فمنهم من يقول بان اباحة البيع
للمباح له جميع التصرفات في ماله بمنزلة هبته ذلك المال اياه فيصير ملكا للمباح له فيجوز له
نقله ويقع النقل عنه ولا حاجة الى منع القاعدة المزبورة كما احتاج القائلين بالاول اليه
فيه اولا منع كون الاباحة متضمنة للهبة وما ذكره من منزلتها كيف والهبة عقد يحتاج الى الا
يجاب والقبول ولم يخطر الهبة ببال احد المتعاطيين فضلا عن قصد انشائها وثانيا ان
ذلك خروج عن المتنازع فيه اذ بناء النزاع على القول بالاباحة وما ذكره من حصول الملكية
ينافي معهما ومنهم من يقول ان الاباحة المزبورة بمنزلة الاعراض فيصير ملكا للمباح له ففيه ما
في سابقه ومنهم من يقول بان الاذن له في جميع التصرفات فيه ملك له اياه كما ان اذن
الامام عم يقول من احيى ارضا ميتة فهي ملك لمن احياها وفيه اولا انه قياس وثانيا منع الحكم
في المقيس عليه فان الحكم فيه مثل الحكم يتوقف على ثبوت امرين احدهما كون الموات ملكا
للامام عم والآخر صيرورتها ملكا لاحياها وكل واحد منهما محل منع اما الاول فلجواز ان
يكون الموات ملكا بلا مالك ويكون مراد المعصوم من الرواية بيان الحكم الشرعي اي صيرورة
تلك الارض التي لا مالك لها ملكا لمن احياها الا ان يكون المراد ملكيتها مثل اللفظ واما
الثاني فلجواز ان لا تصير ملكا لمن احياها بل يحصل له اولوية واختصاص بالنسبة اليها بالاحياء
كما اختاره بعض الفقهاء فان قلت فكيف يجوز له بيعه قلت لا مانع من القول بان بيعه

البيع

فضولي موقوف على اجازة الامام عليه السلام فتم وقول بان نقل ما يقع عليه التعاطي صحيح لكنه مراعى
حتى يجيز البيع او يرد لان البيع اما ان يجيز النقل لنفسه او للمباح له والثاني باطل لان مجرد الاجازة
لا يصير موجبا لصيرورة المعوض ملكا للمباح له وبدونه لا يعقل وقوع النقل له للقاعدة المزبورة
فاذا ظهر فساد الاقوال الاربعة تعين القول الخامس وهو صحة النقل وتوقفه على الاجازة فان
اجاز البيع فيقع النقل عنه ويلزم المعاطاة لا الاباحة او لا على المعوض والا فيبطل النقل ويبقى المعاطاة
على جوازها هذا كله على القول بالاباحة واما على القول بالنقل مطلقا سواء قلنا بان المعاطاة
بيع جائز او لازم او معاوضة على حدة فيظهر الحكم في نقل ما وقع عليه المعاطاة باقسامه الاربعة
كما سبق آنفا وحاصله لزوم المعاطاة بالنقل الثاني وصحته بل الزوم لو كان العقد لازما
ووقوعه عن المنقول اليه بالمعاطاة ومما ذكرنا في الصور تبين ان صورة تلف ما وقع عليه المعاطاة
وصورة نقله بالناقل الشرعي ظهر الحكم في صورة تغيره باقسامه الاربعة على الاقوال الاربعة
فعليك بالاستخراج المقام الثالث في هو محل النزاع اعلم انه لا شبهة بل لا خلاف في عدم
كفاية مجرد القصد في حصول النقل نعم ربما يحكى عن الشيخ ره في باب النذر وقوعه بمجرد القصد
هو غير ما نحن فيه لانتفاء النقل هنا ولا خلاف ايضا في عدم كفاية مطلق التراضي بالنقل
في تحققه وان حكي عن الاردبيلي ره الكفاية والنسبة بين التراضي والقصد هي العموم والخصوص
المطلق اذ المراد بالقصد هو نية انشاء النقل وبالتراضي هو مجرد الرضا به وان لم تقترن
بنية الانشاء فكلما حصل القصد يحصل التراضي ولا عكس لجواز حصول التراضي بدون
حصول القصد فيلزم على المقدس الاردبيلي ره القول بالنقل بمجرد قصد طويل اول وهو
عجيب ثم اذا اقترن القصد بفعل كاشف عنه فلا يخلو اما ان يكون ذلك الفعل من الافعال التي نهى
الشارع عنها في مقام النقل كالحصاة ونحوها او يكون هو التعاطي والاقسام الثلاثة الاول
كلها خارجة عن محل النزاع لعدم حصول النقل بها اتفاقا فكيف يمكن جعلها في المعاطاة التي

قال

البيع

التي قال كثير من الفقهاء بكونها ناقلة ثم القسم الاخير يتصور على اقسام لان المتعاطيين اما
ان يقصد الاباحة او النقل وعلى الاول فاما ان يقصد الاباحة المطلقة او المقيدة والمراد بالاول
هو الاباحة على الاطلاق بان يبيح للمباح له جميع التصرفات وبالثاني هو الاباحة المقيدة بان
يباح له تصرف خاص وعلى التقديرين فاما ان يكون الاباحة المقصودة مجانية او معوضة ولا
شك ان الاربعة عن محل النزاع خارجة لتحقق الاباحة بها اتفاقا ولم يقل احد بافادتها النقل كما قال
كثير منهم به في المعاطاة ويدل على ما ذكره مضافا الى الاجماع مفهوم قوله ع لا يحل مال امرئ الخ وعموم
الناس مسلطون على اموالهم وبالجملة لا شبهة في خروج تلك الاقسام عن محل النزاع فانحصر محل
النزاع فيما اذا كان مقصود المتعاطيين من التعاطي تحقق النقل وكان الكاشف عن ذلك القصد
هو التعاطي لا امرا آخر وراءه والاقوال الاربعة بل الخمسة التي ذكرناها في المقام الاول واردة
عليه اذا عرفت ذلك فاعلم ان بعض الاساتيد اختار القول بان المعاطاة بيع لازم فله دعويان
استدل للاولى كونه بيعا بقوله احل الله البيع وبالسيرة المستمرة والاجماعات المنقولة وللثانية
بالادلة الشرعية بناء على ان المراد من العقود فيها هو العهود مطلقا والمعاطاة من جملتها
بالضرورة وباستصحاب بقاء الملكية واصالة عدم تأثير الفسخ ومفهوم البيعان بالخيار
ما لم يفترقا والجواب عن الاستدلال للدعوى الثانية اما عن الاية فيظهر مما سبق وحاصله
اشتراط اللفظ في تحقق العقد واما عن الاصلين فهو على تقدير سلامتهما من جميع المناقشات
التي اوردوها عليهما ان الاجماع والسيرة مخالفان لمقتضاهما فلا اعتبار بهما واما الخبر فالجواب
عنه ان اطلاقه وارد مقام حكم آخر فتذكر هذا كله مضافا الى كونها لازمة مخالفة
لضبط الفقهاء الالفاظ الخاصة وتوابعهم في كفاية مطلق الالفاظ وعدمه فلو كانت المعاطاة
لازمة للغى ضبطهم ونزاعهم بل كان عليهم ان يحتاطوا بالتعاطي دون اللفظ لو ارادوا
لزوم البيع ثم قد بنا فشى في جواز التمسك بالاية الاولى للدعوى الاولى بان البيع في الا

مطلقا الا ان الفقهاء قد اجمعوا على اللفظ اشتراط حيث قالوا او يشترط في البيع اللفظ او
يكون ذلك الشرط اما كون اللفظ شرطا لتحقق ماهية البيع فتنتفي الماهية بانتفائه او كونه شرطا
لصحة الشرع بعينه وان تحققت الماهية بدونه او محل شك وعلى الاول التقادير الثلثة لا يتحقق
التمليك بالمعاطاة اما على الاول فواضح لانتفاء الصحة بانتفاء شرطها على الثاني وانتفاء الماهية
بانتفاء شرطها على الاولى واما على الثالث فلان مرجع الشك حينئذ الى الشك في تحقق التمليك والاصل
عدمه نعم للقائل ان يمنع من كون اللفظ شرطا لتحقق الماهية لصدق البيع بدونه لكن يكفينا
في المقام كونه شرطا لصحة البيع ولا يمكن التمليك الا كذلك لا سيما بعد ما يدل قوله انما يحلل الكلام
ويحرم الكلام وفيه انه ليس بشرط لتحقق التمليك لا شرطا للماهية ولا للصحة اما الاول
فلما ذكره الخصم واما الثاني فلان مجرد صدق البيع كاف في شمول الادلة وتصحيحها
اياه وما ذكروه من الشرط انما هو شرط للزوم البيع لا لصحته والكلام انما هو في الثاني وما
ذكر من الخبر ففيه ان دلالته في المقام بالمفهوم والمفهوم حجة لو لم يكن المنطوق واردا مورد
الغالب والشرط منتف فيما نحن فيه هنا فالا انه موهون باستلزامه تخصيص الاكثر فان
من ان الاباحة بالفعل من دون اللفظ جار في اقسامها الاربعة فلا بد من اخراج تلك
الاقسام عنه هذا مع انه معارض بالمنطوق الناس مسلطون على اموالهم فتم واستدل القائل
بالتساويات بناء المتعاطيين على الاباحة على سبيل الملكية ولا له صحة البيع كقوله تعالى
احل الله البيع منصرف منها الظهور هذا في البيع باللفظ لا بما لا فراد الشايعة المتعارفة و
فليست المعاطاة بيعا ولا اباحة اذ الاباحة قد كانت مقيدة بالملكية ومعلوم ان انتفاء
القيد يستلزم المنفي للاباحة فلا اباحة وهو المطلوب فان قلت لو كانت الملكية قيدا لا
فالامر كذلك واما لو كانت علة لها بمعنى ان كل واحد من المتعاطيين يبيح لصاحبه التصرف
في ماله لزعمه ان المعاطاة تفيد الملكية تجوز بقاء الاباحة ولو انتفت الملكية اذ الا قد

قد اخطا في العلة وذلك لا يوجب انتفاء الاباحة كما لا يخفى قلت نعم ولكن الملكية قيد والا
في نظر العرف فتنتفي الاباحة بانتفائها وفيه ان هذا المذهب خلاف الاجماع اذ لم يقل به احد
سوى العلامة في بعض كتبه وقد رجع في بعض كتبه الاخر والسيرة المستمرة ايضا قائمة على خلا
فه واما القائل بانها معاوضة مستقلة استدل بان قائمة على افادتها التمليك ولكنا نرى
ان العرف لا يشترطون فيها شرايط سوى اللفظ فلا بد من القول بانها معاوضة مستقلة
وفيه ان السيرة كما قامت على افادتها التمليك كذلك قامت على انها بيع كما لا يخفى واشتراطها
بجميع شرايط البيع ممنوع بل الدال على السيرة على اشتراطه من شرط والا فلا

اعلم ان من جملة ما يتعلق بالمتعاقدين اشتراط كونهما
حرين او ماذونين من سيدهما والظاهر ان الحرية من الشرايط الوجودية لا العلمية فلو عقد
باعتقاد انه حر فبان كونه عبدا لم يصح ويصح في العكس هكذا قيل وفيه منع واضح لا نعم
بنوا فساد عقد البيع للعبد على كونه منهيا عن تصرفاته وحكموا بصحته لو كان ماذونا من
قبل مولاه ومع اعتقاد الحرية لا يتوجه عليه النهي لان الحكم التكليفي مشروط بالعلم
ومع عدم توجه النهي لا وجه للحكم بالفساد من هذه الجهة وذلك يكشف عن ان الحرية من الشروط
العلمية وعلى كل حال لو عقد لنفسه او لمولاه بدون اذنه لم يصح قطعا وعلى الصحة يحتمل المعنيين
احدهما انه لا يصح من جهة عدم الاذن فلو لحق عقده اذن من قبل مولاه يؤثر كساير العقود
الفضولية وثانيهما انه لا يصح من جهة كونه منهيا عن ايقاع نفس العقد فلا يحتمل الصحة وان
لحق الاذن ومنشأ المعنيين ان العبد هل هو محجور عن التصرفات مطلقا قولية وفعلية او هو محجور
عن خصوص التصرفات الفعلية واما التصرفات القولية كالتكلم مع الناس واظهار الحكايات
فلا يكون محجورا بالنسبة اليها اما لعدم كونها تصرفات في ملك الغير عرفا او لقيام دليل على الجواز
والذي تقتضيه القاعدة ان يقال ان مقتضى العمومات الدالة على ان المملوك لا يقدر على شيء

وانه كل على مولاه عدم جواز جميع انحاء التصرفات من القولية والفعلية خرج بعض الاقسام عنه
بدليل خارجي كتصرفاته الفكرية المقدورة له مثل التفكر في عجايب الصنع والتدبرات في ايات الله
ومطالب المبدأ والمعاد والتفكرات الغير المقدورة كالتخيلات والخطرات القلبية فلا
كلام في جواز هما اما لانها غير مقدورة له او لا تعد تصرفا وكذا خرج بعض اقواله كالاذكار
الواجبة والمستحبة وبعض ما جرت السيرة بجوازه بالتكلم في مقام السؤال وكذا جملة من الافعال
الجزئية كرفع حجارة من الارض واعطائها بيد الغير وبقي ما عدا ذلك تحت القاعدة ومن
جملته ايقاع عقد من بيع او صلح او غيرهما لنفسه او لغيره ولم يرد دليل على خروجها عنها
ولهذا منعوا من توكيل العبد والوصية له بغير اذن سيده وكذا ضمانه على المشهور وان قيل
بصحته وانه يتبع بعد العتق وهل خروج الافعال الجزئية وجملة الاقوال عن تحت قاعدة المنع
من اجل السيرة على الاطلاق او بخصوص ما اذا لم يعلم من مولاه المنع فلو لم يجز الا الاخير
اقتصارا على المتيقن اذ لا سيرة مع العلم بالمنع وبما ذكرنا ظهر قوة احتمال المعنى الثاني وبه
يظهر الجواب عما ربما يورد من الاشكال على القائلين بعدم جواز عقد العبد وقولهم
بجواز عقد الفضولي مع انه تصرف في ملك الغير ايضا اذ الفرق بين المقامين واضح لان محل
صدور العقد في هذا المقام ملك لان جوارح العبد من فمه ولسانه وشفته ملك المولى
ولهذا قلنا بان عقد العبد من التصرفات اي باعتبار محل صدوره بخلاف الفضولي فان
العقد الصادر من الاجنبي لا يوجب تصرفا في مال الغير وهو العين الموجودة في الخارج ولا هو
بنفسه من التصرفات الممنوعة فاين هذا من عقد البيع هذا كله على ما هو مقتضى القاعدة مع
عدم ثبوت الاثر على عقده بغير اذنه ولا شبهة في انه لها لو عقد لنفسه لانه لا يقبل التملك
مع احتمال الصحة ورجوع ما ابتاعه الى ملك المولى بعد اذنه لما قيل في باب الدين من انه لو
استدان شيئا يدخل في ملك المولى لكنه ضعيف لان المحل ليس بقابل للتملك بخلاف الدين

الدين فانه ذمة يمكن تعلق ما استدانه بذمته ولا ينافي ما ذكرناه قولهم في باب النكاح بصحة تزويج
العبد لنفسه بعد لحوق اذن المولى لان التزويج لا يكون تملكا مضافا الى دلالة النص في ذلك المقام
ولو عقد لمولاه او لغيره بغير اذن المولى بل ومع نهيه ثم لحقت من المولى او ممن عقد له فلا يتم القول
بالصحة بخروجه عند من صحح الفضولي لاجل العمومات الدالة على الوفاء بالعقود وان اثم العبد بايقاعه
لانه من منافع المملوكة لسيده الا ان الحرمة لا تنافي الصحة هنا بعد ان لم تكن المعاملة من حيث كونها
معاملة بل من حيث ايقاعها ورد في تزويج العبد لنفسه فضولا عن مولاه فاجازه انه لا ريب في اثمه
بايقاع نفس العقد الذي هو تصرف في لسان المملوك لسيده نظرا الى معصية العبد في ايقاع
لا تنافي الصحة والا لم تنفع اجازة المولى في الصحة ثم قد تنزل بين ما دل على كونه كلا على مولاه
وما دل على لزوم الوفاء بالعقد عموم من وجه بحسب المورد وان الاول يدل على نفوذ تصرفه
سواء كان في العقود او غيرها والثاني يدل على نفوذ عقده سواء كان بالاذن او غيره فيتعارضان
في مادة الاجتماع الاول وخصوص صورة ما تبين عقد العبد بكونه مقرونا بالاذن ونحن ذهبنا الى
ترجيح الثاني فجعلنا عقده كالفضولي الا ان في الفضولي لا يتحقق الاثم لعدم كون ايقاع العقد
تصرفا محرما وظاهر انه تصرف عرفا ودليلنا على الترجيح عدم منافاة الحرمة مع الصحة وحيث
جاز عقد العبد اذا اذنه مولاه المولى فيجوز ابتياع كل واحد من المملوكين الماذونين الاخر
لمولى الاخر ولا يصح بيع العبد نفسه عن مولاه بنفسه لا لاشتراط تعدد الموجب والقابل ضرورة
كفاية تعدد الاعتبار على الاصح بل لانه لا يملك شيئا فكل ما بيده ملك لمولاه فلا يمكنه دفع عوض
عن نفسه والبيع لا يتحقق من دون عوض هذا بناء على المختار من عدم قبوله الملك مطلقا
كما استقصينا التحقيق في ذلك في كتاب القضاء فتغريب واما بناء على القول بانه يملك فاضل
الضريبة وارش الجناية فلا مانع من الصحة ضرورة امكان دفع العوض مما ملكه وكونه ماذونا
في المعاملات اللهم الا ان يقال ان الاذن بالمعاملات لا ينصرف الى هذه المعاملات وهو وجيه

وجيه الوان يفرض خصوصية هذا الاذن من المولى فيندفع الايراد لكن بعد فرض خصوصية
هذا الاذن لو باع نفسه من مولاه بنفسه بثمن في ذمته صح العقد لان لازمه قطعا ولا ينافيه
بان العبد الذي اذن له استدانه او ارش الجناية او نحوهما في ذمته ولو امره ان يأمر آمرا ان يبتاع
نفسه من مولاه او من وكيله للامر او لغيره اذا كان للغير وكيلا في الابتياع والتوكيل عليه صح ذلك
لان الاذن المولى في التلفظ بهذا العقد وكذا لو جاز اذن بلا وبناه عن الملاعرفت من عدم
المنافاة بين حرمة التصرف وترتب الاثر في هذا المقام خلافا للمحكي عن جامع المقاصد والافتا
فصلا بين ما لو امره الامر بالشراء عن مولاه فيصح لان الشراء يوجب تحصيل اذنه وبين ما لو امره
بالشراء عن وكيله لان الشراء عنه لا يوجب تحصيل الاذن وقد عرفت انه صح نهي المولى انه صحيح
فضلا عن عدم الاذن به ولما حكى عن ابن البراج من بطلانه مطلقا لاتحاد عبارته مع عبارة
سيده فيتحد الموجب والقابل وفيه منع الاتحاد اولا وكفاية التعدد الاعتباري ثانياً
فتامل مسئلة هل يشترط في صحة العقد الاختيار بحيث لو صدر مكرها كان فاسدا
اولا وتحقيق المقام يستدعي رسم مقامات المقام الاول في تفسير المكره اعلم انه قد يستدعي
الاكراه بحيث يكون المكره غير مختار في ايجاد اللفظ بان يصدر عنه اللفظ من غير قصد ووجه
عنه ولصورة للقسم ويختص في الخارج فيه حال الاموات يعرض يجري لسان لمحا التلفظ
باللفظ كلفظ بعت مثلا بحيث يوجب التلفظ باللفظ عن غير التفات الى معناه فيكون التلفظ
بلفظ بعت مثلا ولتلفظ ضرب مساويا عند المكره وقد يكون الاكراه بحيث لا يقصد المكره
قصد الانشاء باللفظ وان كان قاصدا لايجاد اللفظ وملتفتا الى معناه وقد يكون الاكراه
بحيث لو لم يكن لما اقدم المكره على البيع مثلا ولكنه مع ذلك يقصد الانشاء باللفظ فهذه اقسام
اربعة ثم القسم الاخير على اقسام لان الاكراه اما يتعلق بالمعوضة او بثمنها وعلى الثاني كان يكره
المكره على اداء عشرة دنانير مثلا فاما ان لا يمكن المكره اداؤها ولا يبيع ماله لكنه مد ونه

وقد يكون الاكراه صح

بدونه كما اذا امكن الاستدانة او كان له الدنانير وعلى الاول اي عدم امكان الاداء الا
بالبيع فاما ان يكون ماله منحصرا فيما يبيعه لاداء ثمنه الى المكره او لا بل له اموال كثيرة وهو مختار
بيع واحد منها وعلى الاول اي تعلق الاكراه بالمعوضة كان يكرهه على بيع ماله فاما ان يكرهه
على بيع احد امواله لا بعينه او على سبيل التخيير او على واحد شخص معين منها او على الاجزاء ان
ينضم اليه شيء آخر ام لا وحكم القسم الاخير مع الاحكام الثلثة الاول وهي ما اذا كان المكره
غير مختار في ايجاد اللفظ او غير ملتفت الى معناه او غير قاصد للانشاء به ويجيء الكلام
في المقام الثاني انه فلو اكرهه على اداء المقدمة بالمعنى الذي عرفت ولم يمكن للمكره بدون بيع
المال فهذا البيع باطل مطلقا سواء انحصر ماله فيما باعه ام لا لصدق الاكراه بالنسبة الى البيع
في الفرضين عرفا وان لم يصدق حقيقة فيشمله ما دل على بطلان بيع المكره من الادلة الآتية
و واما لو امكنه اداء ما اكره عليه من غير بيع وباع فالبيع صحيح لعدم تعلق الاكراه بالبيع حقيقة
ولا عرفا فلا وجه للبطلان ولو لم يكرهه على المقدمة فان اكرهه على بيع احد امواله لا بعينه
فان باعه كذلك فلا ريب في بطلان البيع لوجهين احدهما تعلق الاكراه به حقيقة وعرفا
والاخر كون المبيع مجهولا وان لم يبعه كذلك بان باع واحدا معينا صح البيع لعدم تعلق
الاكراه به حقيقة ولا عرفا فيشمله الادلة من غير معارض وان اكرهه على بيع احد على سبيل
التخيير فيبطل البيع ببيع كل واحد منهما لانه المكره عليه حقيقة وعرفا واذا اكرهه على بيع
واحد وانضم اليه المكره شيئا آخر فالمنقول عن ... في ذكره صحتهما معا واستند الى انه بعض
الافاضل بان تبعيض العقد غير جائز اتفاقا وضم الشيء الآخر الى المكره عليه يدل على ان البيع
مقصود للمكره في الجملة وبعد انضمام المقدمتين نقول في المسئلة احتمالات اربعة صحتهما
معا وفسادهما كذلك وصحة المكره عليه مع فساد الاخر والعكس لا سبيل الى الاخير لا
ستلزامه تبعيض العقد ولا الى الثالث لاستلزامه مضافا الى التبعيض الغاء قصد

المكره ببيع الضميمة ولا وجه له ومن هنا ظهر وجه فساد الثاني فانحصر الاحتمال في الاول وهو
... لكن الاقوى هو احتمال الاخير وما ذكره من استلزامه تبعيض العقد وهو غير
جائز ففيه انه ان اريد عدم جواز تبعيض اثر العقد الواحد انه منقوض بما اذا باع ماله منضما
بمال الغير بعقد واحد حيث يحكم بوقوع العقد مؤثرا منجزا بالنسبة الى ماله ومراعى بالنسبة
الى مال غيره فلو كان مجرد وحدة العقد مقتضيا لعدم جواز تبعيض اثره لما حكموا به في
تلك المسئلة وان اريد به عدم امكان قصد الانشاء بالنسبة الى الضميمة وعدمه في
بيع واحد ففيه منع واضح بعد تعدد صورة العقد وقد يجاب عن اصل الاستدلال بان الاسباب
الشرعية كالاسباب العقلية فترتب اثارها وعدم قابلية الشيء للتاثير يكون تارة لعدم وجود
المقتضي فيه كالخنزير فانه لا يؤثر البيع فيه لعدم وجود مقتضي قبول التاثير فيه واخرى
لوجود المانع مثل ما نحن فيه فان ما اكره على بيعه قابل في نفسه لتاثير البيع فيه غاية الامر
ان المانع وهو الاكراه يمنع تاثيره فيه كما ان الخنزير لو انضم الى الشاة في بيع واحد يحكم البيع
بصحته بالنسبة الى الشاة وبطلانه بالنسبة الى الخنزير ولا يلزم تبعيض العقد فكذلك فيما
نحن فيه لعدم فارق بينهما كما عرفت ويمكن المناقشة فيه بانه فرق بين عدم جواز حكم على
موضوع لانتفاء المقتضي ووجود المانع الاقوى انه لو لحق بالمفروض اجازة المالك بعد
زوال الاكراه حكم بصحة الكل العقد فلو لم يكن العقد مؤثرا فيه من راسه لعدم اثره في
الخنزير لم يكن للاجازة تاثير فيه لما حققنا من ان مجرد الاجازة غير كافية في ترتب الاثر
المقام الثاني في بيان الاحكام الاربعة الباقية اعلم انه لا اشكال ولا خلاف في عدم ترتب
الاثر على الاقسام الاول منها بمجردها انما الاشكال فيما اذا لحقتها الاجازة بعد زوال
الاكراه فذهب بعض الى الصحة بعد لحوق الاجازة وتبعه بعض المتاخرين من المشايخ ووجهه
بان الاقسام الثلثة المزبورة انما يكون الظاهر افراد المكره ولا اقل من كونها افراده وعلى التقدير

يشملها

يشملها الاستثناء الواقع في كلام الامام الذي انعقد الاجماع عليه حيث ...
المتعاقدين الاختيار الا ان يرضى المكره بعد زوال الكراهة وارد ... بعض ...
ولكن الاقوى ان الاقسام المزبورة خارجة عن محل النزاع وباطل من راسها والحاق
الاجازة غير مصحح لها الا ان دليل المحصل اما ان يكون هو الاجماع كما هو ظاهر عبارته او الفاعل
وكلاهما غير مفيد للمطلوب اذ غاية ما يتصور من الفاعل امران الاول ان مجرد ايجاد اللفظ
كاف في صدق العقد فيشمله العمومات غاية ما في الباب انه يثبت من الدليل الخارجي
اشتراط قصد مدلول اللفظ ونحن نقول به واما اشتراط مقارنته باللفظ فلا دليل
عليه والاصل ينفيه فيكفي القصد ولو بعد زوال الاكراه وهو المطلوب وفيه اولا انه
منقوض ببيع الهازل والغايب فانه لم يحكم احد بصحته ولو لحقته الاجازة مع ان الفاعل
المزبور فيه ايضا جار ... ان الهازل ومن يحكيه لا يقصد ايجاد اللفظ ...
بخلاف ما نحن فيه فان المكره يقصد ايجاد اللفظ لكنه لم يقصد مدلوله لانا نقول
دعوى الفرق بين الهازل والمكره في قصد ايجاد اللفظ فقط مكابرة بل
عدم قصد الايجاد بالنسبة الى المكره اظهر منه بالنسبة الى الهازل لكن الاجماع قد
انعقد على بطلانه ولا اجماع فيما نحن فيه فلت تعليلهم على بطلانه بعدم قصد مدلول
اللفظ اقوى دليل على ان حكمهم بالبطلان من باب الفاعل لا الاجماع وثانيا انه لا دليل
على صحة ذلك العقد لكونه افراده فلا يشمله الادلة وثالثا ان مقارنة
قصد مدلول اللفظ شرط في تحقق العقد ويدل عليه لفظ العقد حيث ان معناه كما صرح
به غير واحد ... ويعبر عنه في الفارسي بستن حيث لم يكن قصد مدلول اللفظ
مقصودا فكيف يتحقق العقد بهذا المعنى حتى يشمله الادلة الامر الثاني ان العقد قد صدر
من اهله في محله غاية الامر ان المانع وهو الاكراه قد منع من تاثير العقد وبعد زوال

من تأثير العقد فيؤثر وهو المطلوب وفيه بعد ما عرفت من اشتراط مقارنة قصد المدلول للفظ
وقصد انشاء البيع وهو غير الرضا كما هو واضح وهذا يتصور مع تحققه بعد زوال الاكراه هو الرضا
واما قصد مدلول اللفظ وانشاء البيع مع تصحيحه فلا يصح له وبالجملة القاعدة التي يمكن
اثبات الصحة بها لا تخلو من الايراد والمناقشة فانحصر الدليل في الاجماع وهو معارض باقوى
منه حيث انهم قد اجمعوا على اعتبار قصد الانشاء والمفروض في الاقسام الثلثة انتفاؤه لا يقال
اجماعهم على صحة عقد المكره بعد زوال الاكراه وتحقق الرضا خاص بالنسبة الى الاجماع الاول
فيخصص به لانا نقول لا يمكن التخصيص بعد ملاحظة الاجماع الذي حكي عن الشيخ في الخلاف وظاهرا
على اعتبار قصد الانشاء في بيع المكره بخصوصه سلمنا سلامة الاجماع لكن حجيته موقوفة على
حصول الظن ولعمري انه لا يستفاد الظن منه بعد ملاحظة تعليلاتهم على الصحة بعد الاجازة
بان العقد كان مقرونا بجميع شرائط الصحة سوى الرضا وهو قد حصل بالاجازة حيث
ان الظاهر منها كون النزاع في القسم الرابع المتضمن لقصد الانشاء دون الاقسام الثلثة و
بالجملة فحاصل الجواب عن الاجماع ان مورده بقرينة التعليلات غير الثلثة التي نحن بصدد بيان
احكامها فالحق في الاول ان لفظ المكره لو كان من غير قصد لا بمادته او من غير التفات الى اللفظ
بل الى معناه او من غير قصد الانشاء به فلا يترتب عليه شيء لا اثر فعليا ولا شانيا كلفظ
الهازل والنائم والغالط والصبي ونحوها فلا تلحقه الاجازة اذ لا يفيد هذا تمام الكلام
في الاقسام الثلثة بقي الكلام في القسم الرابع وتوضيحه يستدعي تحرير محل النزاع في المسئلة فاعلم
انه يظهر من بعض تخصيص محل النزاع في الاقسام الثلثة الماضية وان القسم الرابع خارج عن محل
النزاع وهو صحيح منجز من غير حاجة الى لحوق الاجازة واحتج بوجوه ثلثة الاول امتناع
اجتماع قصد الانشاء مع الاكراه تقريبه ان القصد امر قلبي لا يمكن الاطلاع عليه والاكراه عليه غير
معقول نعم يتصور الاكراه بالنسبة الى اللفظ فتحقق القصد للانشاء من البايع كاشف عن ان

بيعه ليس من باب الاكراه فالقسم الرابع الذي فرض فيه تحقق قصد الانشاء خارج عن محل النزاع
وانحصر النزاع في الاقسام الباقية الثاني ان تلك الاقسام هي الافراد الظاهرة من المكره فليحمل عليها
اطلاق الرواية يعني قوله وما استكرهوا عليه وكلمات الاصحاب الثالث ما حكي عن [illegible] من انه
يلزم على المكره التورية في القصد حيث ان الظاهر منه ان المكره لو قصد الانشاء لم يكن مكرها وفي
الجميع نظر اما في الاول فنمنع عدم جواز اجتماع الاكراه مع قصد الانشاء مطلقا نعم لا يجوز الاجتماع
لو قيد القصد بالقصد الناشي عن طيب النفس وبناء العرف انهم يشهد بجواز الاجتماع الا ترى ان
المكره بعد زوال الاكراه عنه لا يدعي بانه لم يكن قاصدا للانشاء البيع بل يقول اني كنت مجبورا
في البيع وهذا الكلام ظاهر في انه قصد انشاء البيع غاية الامر ان قصده لم يكن بطيب نفسه وبالجملة
دعوى التنافي بين الاكراه وقصد الانشاء دعوى بلا دليل بل الظاهر خلافه بالتامل فلا وجه
لاخراج القسم الرابع عن محل النزاع مضافا الى ان الحكم بالاخراج بهذا الدليل لا يستقيم في بعض
الصور على مذهب الخصم ايضا كما اذا وكل المكره غيره في ايقاع العقد اذ تحقق قصد الانشاء حينئذ لا
خفاء عليه فيلزم ان يكون هذه الصورة خارجة عن محل النزاع وهو كما ترى فتامل جيدا
وكيف كان مجرد الاكراه لا ينافي قصد الانشاء كما ان المخبر بقيام زيد بقوله زيد قائم يقصد
الاخبار عنه ويستعمل اللفظ في معناه ولو علم ان زيدا غير قائم فكما ان علمه بعدم قيام زيد في
الخارج لا ينافي قصد المخبر الاخبار بتلك القضية كذا الكره الموجب لعدم وقوع البيع في الخارج
صحيحا لا ينافي قصد الانشاء هذا واما في الثاني فلان الاقسام الثلثة وان كانت مع قطع النظر عن
القرينة الخارجية اظهر افراد المكره الا ان بعد ملاحظتها يصير اظهر بل ينحصر الفرد الظاهر
في القسم الرابع والقرينة هي تعليلاتهم على الصحة بعد الاجازة بان العقد كان مقرونا بجميع شرائط
الصحة سوى الرضا وهو يحصل بعد زوال الاكراه بالفرض وهذا الكلام بعد انضمامه الى ما
ذكروه في شرائط صحة العقد من اشتراط قصد الانشاء ظاهر بل صريح في ان محل النزاع عندهم هو

الذي فرض فيه قصد الانشاء دون الثلثة الاول واما في الثالث فلاحتمال ان يكون مراده
التورية في قصد الانشاء الحقيقي بمعنى ان البايع المكره لو اراد عدم لزوم البيع فعليه التورية
في الانشاء الحقيقي بان لم يقصد قصدا ناشيا عن طيب النفس او عدم القصد مطلقا سلمنا
ظهوره كما اصر في مدعى الخصم لكن يرد عليه ما يرد على الخصم فظهر من بعض ما ذكرنا ان
محل النزاع منحصر في القسم الرابع ومما يدل عليه ايضا ما ذكروه في شرائط العقد من القصد و
الاختيار حيث انهم صرحوا بان بيع المكره بقيد الاختيار فلو لم يكن محل النزاع فيه منحصرا في الاخير لما
احتاجوا الى قيد الاختيار لخروج بيع المكره ح من قيد الاول فيكون قيد الاختيار ملغى
لانه لا حاجة في خروج بيع المكره بكل واحد من القيدين ووجود ذلك لا يوجب لغوية احدهما
لانا نقول ما ذكر مسلم ولكن اذا كان لكل واحد منهما فائدة على حدة وبناء على ما ذكر لا
فائدة لقيد الاختيار اذ فائدته منحصرة في خروج بيع المكره فاذا خرج بقيد القصد لم يكن لقصد
الاختيار فائدة مختصة به اذا عرفت محل النزاع فنقول ان الحق عدم ترتب الاثر على بيع المكره
لكن لا مطلقا بل الاثر الفعلي واما اذا لحقه الاجازة بعد زوال الاكراه فيؤثر فلنا دعويان
لنا على الدعوى الاولى قوله رفع عن امتي تسعة حيث عد منها ما استكرهوا عليه وجه الدلالة
ان المراد من الرواية ليس رفع ماهية التسعة عن الامة للزوم الكذب على تقديره بالضرورة
فلا بد من حملها على رفع احكامها الاقرب الى الحقيقة عرفا واعتبارا كما لا يخفى فالمراد من قوله ع
رفع عن امتي ما استكرهوا عليه هو رفع الحكم الثابت على المختار عن المكره ولا ريب ان المكره
في البيع لو كان مختارا لكان بيعه صحيحا لازما يجب الوفاء به عليه فيرفع تلك الاحكام مطلقا
صحتها ولزومها بسبب الاكراه وهو المط ولنا على الثانية اجماعاتهم المنقولة المنجبرة بلا
استثناء الواضح في كلماتهم كما عرفت سابقا مضافا الى شمول الادلة من العمومات والاطلاقات
الجنسية والنوعية لصدق البيع والعقد غاية الامر انتفاء الرضا حين العقد والمفروض

حصوله بالاجازة ولا دليل على اشتراط المقارنة كما عرفت مرة فان قلت هذا مناف لما حكموا به من ان
المالك لو اكره غيره في ايجاد العقد وقصد المالك الانشاء ورضي به فيكون العقد باطلا
ولا يكفي في صحته رضا المالك وقضيته ما ذكرت صحته قلت هذا ناش عن الغفلة في معنى الرواية
فان غير المالك لو كان مختارا لم يترتب على عقده سوى الصحة الشانية فلو كان مكرها يرفع هذا
الحكم من عقده فلا يكون قصده منا هلا للصحة فكيف يؤثر فيه الاجازة ولذا حكموا ببطلانه بالمرة
فان قلت نحن نقول فيما نحن فيه بعين ما ذكرته بتقريب ان المالك لو كان مختارا فيكون عقده
منا هلا للصحة ويترتب عليه ايضا الصحة الفعلية واللزوم فبيع المختار متضمن للزوم والصحة الفعلية
والشانية فاذا فرض كونه مكرها يرفع تلك الاحكام عن عقده ومنها الصحة الشانية فكيف يؤثر
فيه الاجازة قلت الصحة المترتبة على بيع المالك المختار هي المقيدة بقيد الفعلية فالاكراه يرفعها
دون الشانية حتى يرتفع بالاكراه ثم انه يظهر مما حققنا لك ان الرضا هو غير قصد الانشاء فيمكن
تحقق الثاني بدون الاول وان المنفي في بيع المكره هو الاول دون الثاني فظهر الفرق بين
بيع المكره وبيع الهازل ومن بحكمه فان قصد الانشاء منتف في الثاني دون الاول وقد عرفت
سابقا اشتراط مقارنة القصد وما لا يشترط اقترانه به هو الرضا فبيع الهازل ونحوه باطل
بالمرة بمعنى لا يؤثر فيه لحوق الاجازة فاشكال بعض المحققين كشيخنا الشهيد في المسالك في الفرق بين
المسئلتين لا وجه له ثم اعلم ان الاصحاب قد اختلفوا في بطلان عقد المكره هل هو من باب التعبد
او الوصف ويعني بالثاني كون الاكراه كاشفا عن انتفاء الشرط يعني قصد الانشاء ومما حققنا في
تحرير محل النزاع عرفت ان الاقوى هو الاول ويؤيده الامتنان الذي ورد في مقام الرواية
اذ لو لم يكن من باب التعبد فرجع الكلام الى اشتراطه بقصد الانشاء في صحة البيع والامتنان فيه
بل المناسب للامتنان هو رفع الحكم عن البيع ولو كان مقرونا بشرائط الصحة هذا بقي الكلام
في تحقيق معنى الاكراه فنقول اعلم ان الاكراه عبارة عن حمل الغير على فعل او ترك عن قول او فعل

مما يكون مضرا بالمحمول او من يجري مجراه ظلما مع رجحان ابتلائه به لو لم يفعل مطلوبه وعجزه عن دفعه
فان كان الاكراه بتوعده بالقتل او القطع او الجرح استوى فيه جميع الناس وان كان بغير ذلك
مما يختلف احوال الناس في التضرر به وعدمه كالضرب والشتم والحبس والاستخفاف اختلف
صدق الاكراه بحسب اختلاف منازلهم واحوالهم فيتم الوجه اكراه دون غيره ممن يتحمل الاهانة
وعليه الفتاوى والضابط فيه للاحصول الضرر عرفا بوقوع التوعد به واختلفوا فيما اذا كان
الاكراه باخذ المال فالشهيد على ما حكي عن مسالكه قد حكي عن بعض العلماء انه جعل من
القسم الاول الذي لا يختلف فيه الحال باختلاف الاحوال من الغناء والفقر والقلة والكثرة
وهو خيرة الروضة على ما حكي عنه وعن المسالك انه من القسم الثاني المختلف فيه الحال با
ختلاف الاحوال وهو خيرة نهاية الاحكام فيما حكي عنه وبعض كالمحقق لم يذكر التوعد بالمال من
وجوه الاكراه ونقل عن الكل في القواعد والتحرير ذكر فيهما الا ان كلامه محتمل للقولين وحمله بعض
الشراح على الثاني ومال المجيب بعض الى حمله على الاول فبل وذكر الفاضلان انه لا يتحقق الاكراه
مع الضرر اليسير ومقتضاه عدم الفرق بين وجوه الاكراه الا اذا كان يسيرا في نفسه عرفا
وينبغي رعاية حال المكره في ذلك فربما كان اليسير اعظم من الكثير ولا ريب في كراهة كما يدل
عليه حديث ولا يبعد حمل كلامهما على ذلك انتهى وعن بعض الخاصة ما اذا امر بين يدي مجاراه
به فالولد لو علم بتضرر ابيه بعد مكرها ولا ريب ان تحقق الاكراه مثل ذلك اعظم والظهر عما
اذا دفع بالتوعد واكثر الفقهاء وان لم يذكروا سوى ما ذكرناه الا انه يمكن تعميم كلامهم
بحيث يشمل ذلك مسألة في بيع الفضولي والكلام فيها يقع في مقامين الاول في تعريف
الفضولي والاخرى في تقسيمه فنقول اما الاول فالكلام فيها يقع في مقامين الاول في تعريف
فقد عرفه بعض بانه نقل مال الغير من غير ان يكون الناقل مأذونا من المالك لا على
سبيل الوكالة ولا الوصاية ولا الولاية فخرج عنه ما لو نقل الوكيل ما وكل فيه على نهج ما وكل

الموكل

ما وكله الوكالة ولا الوصاية ولا الولاية فخرج عنه ما لو نقل الوكيل الموكل وعليه ما لو نقل الولي
مع كون نقله منوطا بالغبطة وما نقله الوصي مع ملاحظة المصلحة ودخل فيه ما لو نقل الوكيل ما لم
يكن وكيلا في نقله او نقل ما هو وكيل في نقله لكن لا على النهج الذي قرره الموكل وما اذا نقل الولي
او الوصي بدون الغبطة وملاحظة الوصية لكن يرد على عكسه بلزوم خروج ما لو نقل ما هو
مملوك له لكن يتعلق حق الغير به عنه كما اذا نقل الراهن العين المرهونة بغير اذن المرتهن او نقل
المشتري ما اشتراه مع ثبوت الخيار للبايع قبل انقضاء مدة الخيار من غير اذنه او نقل المولى
عبده الجاني من غير اذن المجني عليه او ورثته على القول بتعلق حق له فان الناقل في تلك
الامثلة ناقل ملكه فلا يصدق التعريف على شيء منها مع دخولها اجمع فيه اي في بيع الفضولي
فالصواب ان يزاد قولنا او ما تعلق به حق الغير ولو كان مملوكا للناقل بعد قوله نقل مال الغير
وح فيندفع الاشكال المزبور المقام الثاني في تقسيمه اعلم ان نقل مال الغير اما ان يكون بعوض
مشخص خارجي او بعوض كلي ثابت في ذمة المنقول اليه وعلى الاول فاما ان يقصد الناقل
كون العوض لنفسه او للغير اعني المالك والاول كنقل السارق ما سرقه وعلى الثاني فاما ان يكون
المجيز اي من له اهلية الاجازة وقابليتها حين العقد موجودا ام لا وعلى تقدير وجوده
فاما ان يتصرف المجيز قبل الاجازة فيما نقله الفضولي كان يبيعه ثانيا قبل اجازة بيع الفضولي
او لم يتصرف المجيز قبل فيه وعلى التقديرين فاما ان يجيز او يرد وعلى تقدير فقدان المجيز حين
العقد فاما ان يوجد بعده ام لا هذا وتنقيح مسألة الفضولي يحتاج الى بيان حكم كل واحد
من تلك الاقسام ولنرتب كل واحد منها بابا نذكر حكمه فيه الباب الاول فيما اذا نقل الفضولي
مال الغير بعوض شخصي خارجي مع وجود المجيز وقصد كون العوض للمالك من دون تصرفه
فيه قبل الاجازة مع فرض اجازته عقد الفضولي والكلام في ذلك الباب يقع في مقامات المقام
الاول في نقل الاقوال في المسألة وهي اربعة وان حكي عن الرياض ثلاثة منها ولعل مراده

بيان ما عليه الاعتماد من الاقوال الا الحصر وكيف كان قول بالصحة مطلقا وهو المنسوب الى
المشهور وقول بفساده مطلقا وهو المحكي عن   وقول ثالث يفصل بين ما اذا كان الفضولي
بايعا وما اذا كان مشتريا بالحكم على الاول وما   على الثاني واخر يفصل بين ما اذا كان
الفضولي مسبوقا بمنع المالك وردعه عن العقد وعدمه وحكم بصحته في الثاني وفساده في
الاول ويحتمل خامسا تفصيل ثالث وهو التفصيل بين ما اذا كان الفضولي حين العقد
مطمئنا بان المالك يجيز عقده وبين ما اذا لم يكن كذلك فالحكم بالصحة في الاول والفساد في
الثاني المقام الثاني في بيان المختار من الاقوال وذكر دليله ودليل سائر الاقوال والايراد عليه
اعلم ان الاقوى هو القول الاول ولنا على ذلك وجوه منها قوله تعالى اوفوا بالعقود ووجه
الدلالة واضح لم يحتج الى البيان الا انه اورد عليه ايرادات الاول ان الاية مستلزمة لتحصيل
تخصيص الاكثر ضرورة كثرة العقود الفاسدة التي هي خارجة عن الاية لعدم وجوب
الوفاء بها بالنسبة الى العقود الباقية تحتها وتخصيص الاكثر اما غير ممكن او غير واقع او واقع
ولكن على سبيل الشذوذ والندرة وعلى كل تقدير لا يجوز حمل كلام الحكيم عليه فلا بد
من الاعتراف بالعجز والقصور عن فهم مراده تعالى من الاية فهي مجملة لا دلالة فيها على المطلق
واجيب عنه من ان المراد من اكثرية العقود الفاسدة ان كان العقود الفرضية الذهنية
فمنعه اولا ومنع بطلان تخصيص الاكثر لو كان بمعنى المنافاة اذ الدليل على بطلانه استهجانه
عرفا والاستهجان ثابت لو كان المخرج عن تحت العام اكثر بشرط كون افراده خارجيا لا فعلا
دون ما اذا كان من افراده الذهنية الفرضية وثانيا بعد تسليم بطلانه يمنع اكثرية
المخرج بالنسبة الى الباقي لان الفرض اعتباري يدور وجودا واعتبارا مع المعتبر كما ان المحصل
لنوع العقود الصحيحة صنعة مناوبة الخصم باضعافه وتقول بان الباقي اكثر من المخرج
وان كان المراد من اكثرية العقود الفاسدة اكثريتها الواقعة في الخارج فمنعه اولا ومنع

اكثريتها

اكثريتها كيف والعقود الصادرة عن المسلمين اغلبها محكوم بالصحة ثم يمكن دعوى اكثرية
العقود الجائزة والفاسدة معا بالنسبة الى العقود الصحيحة فيرد على من تمسك بالاية على تصحيح
العقود الجائزة ونقول بخروجها عنها واما على المختار كما عرفت في اواسط المقدمة الثالثة فلا
وثانيا منع بطلان تخصيص الاكثر مطلقا بل الباطل منه ما لم يبق تحت العام ويمكن الجواب عنه
ايضا بحمل اللام على العهد فيكون المراد هو العقود المتعارفة في زمان النبي ص ولا ريب ان بيع الفضولي
كان متعارفا في زمانه ويدل عليه ما سنشير من الرواية فاندفع الايراد الثاني من ايرادات الاية
ان الاية متضمنة للخطاب والمخاطب بها اما ان يكون هو الفضولي بالعقد اذ ليس المبيع ملكا له
واما الثاني فلان المالك لا عقد له حتى يجب عليه الوفاء به ولا معنى لوجوب الوفاء بعقد الغير
بالجملة فلا دلالة للاية على المطلوب واجيب عنه اولا بان المخاطب بعد انعقاد العقد هو المالك
والمراد انه مخاطب حين وقوع العقد بالوفاء به بعد الاجازة بمعنى كون زمان وقوع العقد ظرفا
لتعلق الخطاب بالمالك وزمان تحقق الاجازة ظرفا لعمل المالك وثانيا ان الاية لها
مدلولان احدهما الوجوب الذي هو الحكم التكليفي المستفاد من هيئة الامر وثانيهما الصحة التي
هي من الاحكام الوضعية وهي مستفادة من مادة الامر مع هيئته كما عرفت تفصيلها في المسألة
السابقة وقد عرفت ان المدلولين المزبورين غير متلازمين في التحقق والوجود فيجوز انفكاك
احدهما عن الاخر وهو الصحة والحاصل ان المستفاد من الاية بالنسبة الى كل عقد واحد في الخارج
امران احدهما وجوب الوفاء على فاعله عاقله والاخر صحة ذلك العقد فالفضولي وان كان
خارجا عن الاية بحسب الامر الاول بل لا انه داخل فيها بحسب الامر الثاني وذلك هو المطلوب
ثالثا بان المخاطب بالخطاب هو المالك بعد الاجازة لكون العقد مستندا اليه بعدها عرفا
وهذا هو امتن الوجوه الثالث من الايرادات ان الاية وان دلت على صحة الفضولي الا ان
حجية مدلولها اما ان يكون من باب التعبد اي من باب الاجماع على حجية ما يستفاد من الكتاب

او ضعف بحيث يخرج عن حصول الظن بانه مراد الله تعالى وعلى الاول فمدار العمل بمدلول الكتاب على
تحقق الاجماع على اعتبار ذلك المدلول وحيث لا اجماع فلا اعتبار ولا اجماع على صحة ذلك
المدلول اعني صحة الفضولي مضافا الى ان الاجماع انعقد على خلافه كما ادعاه صاحب الغنية وعلى
الثاني فمدار العمل على حصول الظن وكيف يحصل الظن منها مع كونه مخالفا للاجماع والجواب عنه
اما اولا فبانا نختار الشق الاول اعني كون حجية مدلول الكتاب من باب الاجماع فقولك
فمدار العمل الخ مم اذ انعقاد الاجماع على اعتبار كل واحد من اشخاص مداليل الكتاب غير معتبر
في حجيتها بل المعتبر انما هو انعقاد الاجماع على اعتبار المداليل ولو بعمومها والاجماع بهذا
المعنى منعقد فيما نحن فيه واما ثانيا فبانا نختار الشق الثاني وما ذكره الخصم من عدم حصول
الظن من الآية لما ذكره ممنوع مردود اما اولا فلان الاجماعات التي ادعاها صاحب الغنية
مع وهنها سلمنا اعتبارها ولكن الاجماع الذي ادعاه معارض بمثله بل واقوى منه باجماعات
اخر دالة على الصحة واما ثانيا فبتسليم كون الاجماعين متساويين يتساقطان لتعارضهما
فتبقى الآية سليمة عن المعارض ويحصل الظن منها بالضرورة ومنها اي من الوجوه الدالة على صحة
الفضولي رواية عروة البارقي المشهورة المعروفة حيث فوض النبي صلى الله عليه وآله في
بيعه وشرائه فلو لم يكن الفضولي صحيحا لم يكن لتقريره اياه في بيعه الثاني ولا في شرائه الاول
وجه وقد ناقش في دلالتها على المطلوب تارة بانه كان عالما برضاء البيع والشراء
ولذا قرره النبي وصحح عمله واخرى بانه كان عمله ناشئا عن الوكالة المطلقة فهي الوجه في
صحة عمله واخرى بان بيعه وكذا شرائه كان باذن النبي الناشي عن الفحوى والجواب اما
عن الاول فبان مجرد العلم بالرضا بعد التسليم ثبوته هنا مع ان الاصل عدمه لا يوجب خروج
العقد عن كونه فضوليا لما عرفت سابقا من ان مجرد العلم بالرضا لا يترتب عليه اثر من الاحكام
لا يخصه فعله برضاه صلى الله عليه وآله لا يوجب صحة العقد بل وجه صحته منحصر في صحة الفضولي

نعم

نعم العلم بالرضا موجب لارتفاع الحكم التكليفي بمعنى حرمة التصرف فلا اثم عليه في بيعه لعلمه
بالرضاء فتمنع تحقق الوكالة المزبورة وعلى المدعي اثباتها مع ان الاصل عدمها وعن
الثالث فبان غاية ما يمكن ان يكون مدلولا للخبر من باب الفحوى هو جواز شراء الشاة
الواحدة بنصف دينار او اقل او اكثر ما لم يبلغ حد الدينار وعروة لم يصدر عنه ذلك حتى
يمكن دعوى كون عمله من باب الفحوى وانما فعل من شراء الشاتين بدينار وبيع واحدة منهما
بدينار فلا دلالة للرواية عليه بوجه من الوجوه ولئن سلمنا ما ادعاه الخصم فنسلم كون
شرائه ايضا من باب الفحوى واما بيعه فليس منه قطعا كما لا يخفى على من له ادنى تامل ووجه صحته
منحصر في صحة الفضولي وهو كاف في اثبات المطلوب والقدح في الرواية بكونها عامية غير مضر
بعد كونها معمولا بها بين الاصحاب ومنها الروايات الكثيرة الواردة في خصوص بعض الموارد
كما لا يخفى على المتتبع واما القائلون بالفساد مطلقا فقد استدلوا بوجوه الاول قوله تعالى
لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله لا يحل مال امرء مسلم
الا بطيب نفسه وجه الاستدلال ان المستفاد من الآية هو اشتراط تراضي المالك مع كونه
مباشرا للعقد في صحته والشرط منتف في الفضولي لانتفاء تراضي المالك ومباشرته للعقد
وانتفاء الشرط مستلزم لفساد المشروط وهو المطلوب والجواب عنه ان مراد المستدل اما
ان يكون اثبات اشتراط التراضي في صدق العقد فيدعي عدم صدق العقد مع انتفائه او
اثبات اشتراطه في صحة العقد وان صدق بدونه وعلى التقديرين اما ان يكون اثبات
اشتراطه حين العقد او الاعم منه ومن لحوقه بالعقد فان كان الاول اعني اشتراط التراضي
في صدق اسم العقد فهو كلام شبيه بالباطل لصدق العقد وان لم يكن المالك مباشرا له ولم
يكن العقد مقرونا بالتراضي ولا ملحوقا به وان كان الثاني اعني اشتراطه في صحة العقد فان
كان المراد اشتراط تحققه مقرونا بالعقد ففيه ما لا يخفى اذ الآية لا تدل الا على لزوم تحقق التراضي

اما كونه مقارنا بالتراضي او ملحوقا به وان كان الثاني اعني اشتراطه في صحة العقد فان كان المراد اشتراط
تحققه مقرونا بالعقد ففيه ما لا يخفى اذ الآية لا تدل الا على لزوم تحقق التراضي اما كونه مقارنا
للعقد فلا دلالة لها اصلا مع ان الدليل اخص من المدعى اذ المدعى بطلان الفضولي مطلقا والدليل
لا يساعده اذ لو فرض علم الفضولي بكون المالك راضيا حين العقد يلزم صحة الفضولي مع ان الخصم
لا يقول به والاجماع المركب لو ادعي معارض بمثله وباقوى منه وان كان المراد اشتراط تحققه مطلقا
ولو بعد وقوع العقد ففيه ان الشرط متحقق بعد وقوع الاجازة فلا وجه للحكم ببطلان الفضولي
ومما ذكرنا تعرف الجواب عن الرواية ايضا الثاني الاجماعات المنقولة عن الشيخ والغنية وابن قبة الدالة
على بطلان الفضولي بها يخصص عموم آية الوفاء وفيه انها معارضة بالاجماعات المحكية عن الع
ره وصاحب جامع المقاصد وغيرهما من الاصحاب وهي اولى بالترجيح لكثرتها كما لا يخفى على
المتتبع واعتضادها بالشهرة العظيمة وموافقتها للآية الكريمة سلمنا تساويهما فتتعارضان
ويتساقطان وتبقى الآية سليمة عن المعارض الثالث رواية حكيم ابن خطب ببيع الشي قبل قبضه و
يشتريه وسلم قال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وتقريب الاستدلال انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس للبائع
سلطنة عليه بدفعه الى المشتري ولا ريب ان الفضولي لا تسلط له على البيع ويمكن الجواب عنه بوجوه
الاول ان هذا المعنى خلاف الظاهر منها بل المتبادر منها هو النهي عن بيع ما ليس حاضرا عند البائع
او ما ليس بموجود وكلاهما خلاف الاجماع لجواز بيع ما يكون مملوكا ولو لم يكن حاضرا وصحة
السلم فالخبر محمول على ما اذا باع احد مال الآخر بنحو الفضولي ودفع المال بعده ثم اجاز بعد الرد فا
شتراه الفضولي من المالك ودفعه الى المشتري الذي باع الفضولي منه ويمكن ادعاء ظهور الخبر في
ذلك وح فيرجع مدلول الخبر الى بطلان الفضولي مع الرد وان تعقبه الاجازة ونحن نقول به
الثاني ان الخبر على تقدير تسليم دلالته على بطلان الفضولي لا اعتبار عليه لاعراض المشهور
والاجلاء عنه الثالث ان الخبر معارض بمثله وهو انه سئل الراوي عمن باع ما ليس عنده

عنده فقال عليه السلام لا باس به قلت ان من عندنا لا يجوزون قال عليه السلام لم قلت لانه بيع ما ليس عنده
قال عليه السلام فانهم يقولون في السلم فهذا يدل على عدم اشتراط الملك كما يشهد به النظر في السلم فالخبران
تعارضا والترجيح مع الاخير ولا يخفى الرابع من ادلة الفساد قوله عليه السلام لا بيع الا في ملك بتقريب ان حمل
الخبر على نفي الحقيقة والماهية التي هي المعنى الحقيقي لكلمة نفي النفي غير ممكن لصدق البيع ولو كان المبيع
غير مملوك للمالك فلا بد من حمله على نفي الصحة لانه اقرب المجازات وفيه اولا انه وان كان
اقرب بحسب الاعتبار الا انه لا دليل على اعتبار الاقربية بل المعتبر هو ما اقرب الى الحقيقة في
نظر العرف ولا ريب ان حمله على نفي اللزوم اقرب الى الحقيقة عرفا من حمله على نفي الصحة فليحمل عليه ح
ولا دلالة على بطلان الفضولي فان قلت حمله على نفي اللزوم مستلزم لتخصيص الاكثر لكثرة
بيع ما لا يملك مع كونه لازما كبيع الوكيل والوصي والولي والقيم وعدول المؤمنين
قلت لزومه ثم لمنع كون البيع بالطرق المزبورة اكثر من بيع الملاك انفسهم مع ان ورود
الايراد اظهر واولى لو حمل الخبر على نفي الصحة فتدبر وثانيا سلمنا حمله على نفي الصحة لكنه غير مجد
للخصم اذ الظاهر من الصحة المنفية هي الصحة الفعلية ونحن نقول بانتفائها في الفضولي ومراده
اثبات صحة الشانية والتاهلية ولا دلالة للخبر على نفيهما فان قلت لا بد من حمل
الخبر على نفيهما فان نفي الصحة التاهلية لكونها اقرب الى الحقيقة وح فدلالته على فساد الفضولي
واضحة قلت ما ذكرت من الاقربية مسلم لكن اعتبارها ممنوع كما مر مرارا نعم لا بد من الحمل على
ما هو اقرب في نظر العرف ولا ريب ان نفي صحة الفعلي اقرب في نظرهم سلمنا تعارض الا
الاعتبارية العرفية فيكون الخبر مجملا لعدم مرجح يرجح احدهما على الآخر حتى يحمل عليه الخبر
فلا يجوز التمسك به فان قلت انا نحمل الخبر على نفي الصحة المجملة فان كان المراد منها
في الواقع هي الصحة التاهلية فيدل الخبر على بطلان الفضولي مطلقا سواء قلنا بان
الاجازة كاشفة او ناقلة وان كان المراد منها في نفس الامر هو الصحة الفعلية فيدل الخبر على

على بطلان الفضولي مطلقا سواء كانت قلنا بان الاجازة كاشفة او ناقلة وان كان المراد منها في الواقع نفس الامر هو الصحة الفعلية فلا الخبر على بطلانه على القول بكاشفية الاجازة او ناقلة ذلك الاعتراض ناش عن الغفلة عن معنى الكشف والنقل وسيجي تحقيقه ان شاء الله هذا مع ان الظاهر من الخبر نفي صحة بيع ما لا يقبل التملك كالكلب والخنزير واشباههما الخامس نفي صحته من ادلتهم قاعدة نفي الضرر ووجه الاستدلال ان صحة بيع الفضولي مستلزم للضرر على احد المتعاقدين لو كان اصيلا او ما حلا المالك في الاجازة والقاعدة المزبورة تنفي الضرر فلا بد من الحكم ببطلان الفضولي وفيه ان القاعدة المزبورة لو ثبت الموضوع وبعبارة اخرى كما ان الضرر يندفع بالقول ببطلان الفضولي كذلك يندفع على القول بصحته وبثبوت الخيار لمن يرد عليه الضرر او رجوعه الى المالك بما اورد عليه من الضرر او جبر الحاكم المالك حتى يجيز او يرد فالقاعدة نفي الضرر لا يحكم بتعيين واحد من تلك الاحتمالات بل ومقتضى الجمع بين القاعدة والادلة الدالة على الصحة هو اندفاع الضرر بغير الاحتمال الاول السادس ان بيع الفضولي مستلزم للتصرف في مال الغير بغير اذنه وهو منهي عنه فيكون فاسدا ومما يتوهم من عدم كونه تصرفا فاسد فوع بما ذكروا في باب الخيارات من انه لو باع من له الخيار المبيع الذي اشتراه بخيار سقط خياره ولا وجه لسقوطه الا تصرف المشتري فيه والتصرف مسقط للخيار والجواب عنه اولا منع كونه تصرفا وما ذكره سندا لكونه تصرفا انما يتم لو كان سبب سقوط الخيار منحصرا في التصرف وليس كذلك بل يجوز ان الرضا بلزوم العقد مستلزم للخيار كما حققناه سابقا فسقوط الخيار بالبيع في المثال المزبور انما يكون لدلالته على رضا المشتري بلزوم البيع لا لتصرفه فيه وثانيا ان حرمة كل تصرف في مال الغير تم لعدم دليل عليه كما حققنا تفصيل الكلام فيه في الاصول في مبحث اصل الاباحة وثالثا ان النهي لا يوجب الفساد اذا تعلق بخارج المعاملة كما فيما نحن فيه السابع ان من شروط صحة البيع هو القدرة على تسليم

البيع

تسليم المبيع ولذا حكموا ببطلان بيع الطير في الهواء والحيتان في البحر والظبيان في البراري والفضولي لا يقدر على التسليم وانتفاء الشرط مستلزم لانتفاء المشروط وفيه اولا ان القدر الثابت من اشتراط هذا الشرط هو فيما اذا كان المالكان هما المتعاقدان لا مطلقا ولا يلزم بطلان عقد الوكيل لو كان وكيلا في مجرد اجراء الصيغة وهو كما ترى وثانيا ان عمدة دليل هذا الشرط ليس الا الاجماع او نهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر والاجماع منتف هنا ولا غرر فلا دليل على اشتراطه وثالثا ان الظاهر اشتراطه في ترتب الصحة الفعلية على العقد لا التاهلية ونحن نقول به وكون العقد متاهلا للصحة كما هو المدعى غير مشروط بهذا الشرط ورابعا سلمنا الاشتراط المطلق الفاقد حتى الفضولي ولكن نمنع عدم قدرته على التسليم بل هو مقدور ولو بعد اجازة المالك وذلك كاف في الصحة واشتراط كون القدرة على التسليم حين العقد لا دليل عليه مع ان القبض في بعض الموارد كالسلم مع كون الاجل غير موجود حال العقد فان قلت قضية الشرط مقارنة الشرط للمشروط ولا مقارنة في المقام قلت ان الشرايط الشرعية كثيرا ما تكون متاخرة عن مشروطها فيكون حصول الشرط المتاخر موجبا لترتب الاثر حين وجود المشروط كما في بيع الصرف ونحوه مما يتوقف على القبض مع ان القبض قد يكون متاخرا عن العقد وخامسا ان اشتراط القدرة للصحة ثم بل الثابت ان العجز عن التسليم مانع عن الصحة كما سنحققه مع ان الظاهر ان المراد من القدرة هي القدرة العرفية وهي للفضولي ثابتة فتم الثامن ان العقد الصحيح يقتضي جواز التصرف ووجوب التسليم وهما مفقودان في المقام وفيه انهما لازمان للعقد الصحيح بالصحة الفعلية لا التاهلية مع ان هذا الاقتضاء في مطلق البيع ممنوع التاسع ان من شرائط صحة العقد القصد وهو في الفضولي منتف والجواب عنه ان المراد بالقصد ان كان هو القصد النقل الشرعي فاشتراطه ثم وان كان مجرد قصد اللفظ ومعناه فهو في الفضولي موجود ويجي توضيحه العاشر انه يشترط في صحة العقد التنجيز وذلك غير متحقق في الفضولي لانه لم

في تحقق الرضا الفعلي حين وقوع العقد او غافلا عن تحقق العقد او جاهلا به ولو اراد كون الاجازة كاشفة عن رضاه التقديري بمعنى انها تكشف عن ان المالك لو كان مطلعا بالعقد حاضرا لرضي به ففيه ان ذلك ايضا ثم اذ ربما كان المالك لم يرض به وثانيا انا لا نسلم اشتراط الرضا حين العقد بل الثابت اشتراطه هو الرضا مطلقا ولو تحقق بعد وقوع العقد واشتراط السبقية او المقارنة غير ثابت ومنها ان المنع قبل العقد بمنزلة الرد بعده فكما ان الثاني يوجب انفساخه فكذلك الاول لاتحاد الطريق وهو فقدان التراضي وفيه اولا انا نسلم تساوي الرد بعد العقد والمنع قبله في الاحكام لكن نقول ان الرد ايضا لا يوجب ارتفاع صحة العقد التي هي بصدده اثباتها وهي الصحة التاهلية والثاني بل هو موجب لو ارتفاع الصحة الفعلية فلا يضر في القسم الاول من الصحة ورد المالك بعد وقوع العقد كمنعه عنه قبله فلو لا الاجماع على لغوية الاجازة بعد الرد لحكمنا بصحته ولو اجاز بعد الرد كما حكم في باب الوصية من ان الموصى له لو رد الوصية حين حيوة الموصي ثم اجازها بعد موته فالوصية صحيحة فلو كان موجبا لارتفاع الصحة التاهلية فلم ح مورد للاجازة فكيف يمكن الحكم بصحة الوصية فتامل وذلك الاجماع غير ثابت في المنع قبله وثانيا انا نمنع التسوية كيف والفرق بينهما واضح لان الرد بعد العقد وارد عليه فيمكن تاثيره فيه واما المنع السابق فلا مورد له حتى يوثر فيه فان قلت ان منع المالك لو كان منعا واحدا في زمان واحد لحسب الظن الا انه ينحل بالتحليل العقلي الى منع متعدد في كل واحد من الان منه فمنعه متحقق ولو بعد وقوع العقد فيوثر فيه لتحقق المورد وان لم يكن موثرا قبله قلت اولا ان غاية ما يمكن تصوره بقائه بعد العقد من المنع السابق هو عدم الرضا به وتاثير مجرد عدم الرضا في صحة العقد مع ان المنع من السابق هو عدم الرضا به يعني عدم الرضا به وتاثير مجرد عدم الرضا في صحة العقد ممنوع بل المحقق خلافه وثانيا

ينتقض بل اصالة اجازة المالك وورده متساويان عنده وح فلا يمكن قصد الانشاء لمنافاته مع التردد وفيه بان تردد الفضولي انما هو تردد في فعلية ترتب الاثر على عقده بمعنى انه لا يدري وقوع الاثر على عقده وعدمه وذلك لا ينافي مع قصد الانشاء ضرورة عدم التنافي بين التردد في الوقوع والقطع في الايقاع فتدبر وقد ذكرنا تفصيل الكلام في مسئلة الشرط فراجع واما القول بالتفصيل بين البايع والمشتري المنسوب الى الشيخ في احد قوليه فيمكن الاستدلال بالاصل بتقريب ان اللام في العقود في اية الوفاء للعهد فالمراد بها هو العقود المتعارفة وكون الفضولي منها ثم ولو قلنا ان اللام للعموم نقول بعدم شمول الاية للفضولي لكونه من الافراد النادرة ومنه يظهر عدم شمول الاطلاقات بطريق اولى وح فلا معارض للاصل وهو مقتضى الفساد وهذا الدليل وان كان مقتضاه فساد الفضولي الا ان الدليل الوارد قد اقتضى الخروج عنه من طرف البايع وهو الروايات الدالة على صحة بيع الفضولي وعبارة الفقهاء القائلين بالصحة مطلقا في بيع الفضولي واما شرائه فلا دليل على الصحة وانت خبير بما فيه بعد ما عرفت من الادلة الدالة على الصحة لا سيما خبر عروة المتضمنة للبيع والشراء الفضولي بين فتم واما المفصل بين بيع الفضولي المسبوق بمنع المالك وبين عدمه فقد استدل بوجوه منها الاصل بتقريب ان الادلة المتقدمة مختصة بصحة الفضولي ما لم يكن مسبوقا بالمنع ولو كان مسبوقا فلا دليل على صحته ومقتضى الاصل فساده وجوابه واضح لعدم دليل يختص لاجله عموم الاية الشريفة ومقتضى الاطلاقات الماضية والاجماعات المنقولة هو الحكم بصحة بيع الفضولي ولو رده المالك ولكنا عدلنا عن الحكم به للاجماع على خلافه ومنها ان الاجازة بعد العقد كاشفة عن كون المالك راضيا حين العقد بوقوع العقد ولذا يحكم بصحة العقد وذلك ثابت فيما اذا لم يمنع من العقد واما اذا منع فنقطع ح بعدم رضائه فكيف يمكن صحته الجواب عنه اولا منع كون ما جعله معنى للكشف مراد الفقهاء لو اراد به كون الاجازة كا

فرض

نعم هو الكلام فيما اذا اصار المانع واحتياجه في العقد فمقتضى دليل الخصم صحة العقد ح مع انه لم
يقل به هذا ويمكن الاستدلال للتفصيل بين الفضولي المطلق وغيره المنسوب الى المحقق
بانه لا شك في اشتراط قصد النقل والانشاء في صحة العقد مع عدم الاطمئنان والوثوق
باجازة المالك لا يمكن القصد المزبور وانت خبير بما فيه بعد ما ذكرنا من عدم التنافي بينهما مع
انا اذا اثبتنا صحة العقد مع منع المالك فصحته مع عدم الاطمئنان باجازته بطريق اولى
المقام الثالث في ان الاجازة هل هي كاشفة او ناقلة اختلفوا فيه على اقوال قولان بانها كاشفة
عن صحة العقد وترتب الاثر عليه من حين وقوعه وقول بانها ناقلة من حينها وثالث بانه لا
يكون للاجازة مدخلية في صحة العقد لكن رد المالك مانعا من صحته ولعل مراده من الرد ما
يعم عدم الاجازة فلا يبقى ثمرة بينه وبين سابقه ورابع بانها ناقلة اي من الاجازة فلا يحكم
بل من حين وقوع العقد فيؤثر في العقد من حين وقوعه وان كانت متاخرة عنه فيكون ظرف
النقل هو حين تحقق الاجازة وظرف الانتقال حين وقوع العقد ويعبر عنه بالكشف الحكمي
والنقل الحقيقي بانها ناقلة من حين تحققها لكن احكام النقل تترتب من حين وقوع العقد
فهذا القائل شريك مع القائلين بالقول الثاني في اصل المذهب ومع القائلين بالاول في
الثمرة ثم قبل الشروع في المقصود لا بد من ذكر مقدمة وهي انه لو كان ارتباط شيء بشيء معلوما
وشك في جزئيته وشرطيته او علم الثاني وشك في انه شرط للنقل ام لا فمقتضى الاصول العقلية
ثم الاجتهادية منها انتفاء العلم ان صور الشك اما ان يكون هو العبادات او المعاملات
ولا كلام لنا على الاول واما الثاني فاذا شك ~~انها ان يكون هو العبادات او المعاملة~~
في جزئية شيء وشرطيته مع كونه شرطا كاشفا لا ناقلا فلا ريب ان مقتضى الاصول المنصوصة
ولو شك في كونه شرطا ناقلا او كاشفا بعد العلم بعدم جزئيته فمقتضى الاصل هو كونه
من القسم الاول من الشرط لاصالة عدم تحقق النقل قبله وعنه واما لو شك في كونه شرطا

ناقلا او كاشفا فمقتضى الاستناد على انتفاء الاصل من البين اذ على التقديرين لا يتحقق النقل
مثلا قبله ومنه فلا يمكن تشخيص الاصل والاقوى وجود الاصل لاصالة عدم تحقق الماهية قبل
هذا ومقتضى الاصول الفقاهية واما لو شك في جزئيته وشرطيته بعد العلم بعدم كونه شرطا
ناقلا مع كونه شرطا كاشفا فمقتضى الاصول الاجتهادية شرطيته وكذا لو شك في كونه شرطا
ناقلا او كاشفا اذ مقتضى الاطلاقات والعمومات كما عرفت صحة كل عقد وعدم اشتراطه
بشيء وكونه سببا لمقتضاه ولتحقق النقل والانتقال ومقتضى الناقلية والجزئية خلاف
ذلك في الاطلاقات والعمومات فيه ولو شك في كونه جزءا او شرطا ناقلا فمقتضى الاطلاق
كونه شرطا لصدق اسم المعاملة التي لم يلحقها الاجازة بعد ولو كان جزءا لم يصدق العقد بدونه
اذ لا منافاة بين كون المشكوك جزءا وصدق اسم العقد بدونه اذ من الاجزاء ما
لا ينتفي الكل بانتفائه ضرورة صدق الانسان على مقطوع الاصبع والاذن ونحوهما
ومن الجائز ان يكون المشكوك من تلك الاجزاء فيصدق الاسم بدونه لا يدل على عدم
كونه جزءا لانا نقول انتفاء الكل بانتفاء اجزائه امر بديهي لا يحتاج الى البيان وما
ذكر من المثال فيه ان الاصبع والاذن ونحوهما ليست من اجزاء الانسان من حيث هو
الشأن حتى ينتفي بانتفائهما نعم ما ذكر اجزاء لمصداق هذا الجسم المركب منها ومن غيرها
ولا ريب في انتفائه بانتفاء واحد من الاجزاء المزبورة فقد بر اذا عرفت ذلك فاعلم ان
القائل بالقول الخامس قد استدل للجزء الاول من مدعاه بالادلة الدالة على اشتراط
التراضي وطيب النفس في صحة العقد بتقريب ان معنى الشرطية التراضي لصحة العقد ليس
الا توقف ترتب اثر العقد عليه على تحققه ومن اثار العقد النقل فيتوقف تحققه على
تحقق التراضي والا يلزم اما خلاف المفروض اي كون التراضي شرطا او تحقق الشيء قبل تحقق
شرطه وهما كما ترى فلا بد في تحقق النقل من تحقق التراضي وهو المراد من ناقلية الاجازة

وللجزء الاخير من المدعى اي ترتب احكام الملك من حين وقوع العقد بالاعتبار المتضمنة لترتب
المخصوصين ثم احكامه من حينه كالخبر الدال الوارد في الصغيرة التي مات زوجها الحكم ثم با
نها لو بلغت واجازت نكاحها فهي ترثه وفي الصغير الذي باع ماله الولي مع
كون بيعه مشتملا على المفسدة فحكمه عليه السلم بكون الربح له لو اجاز بعد البلوغ ونحوهما
من الاخبار حيث دل الاخبار على ترتب احكام الملك من حين وقوع عقد الفضولي والاية والرواية كما
عرفت يدل على ناقلية الاجازة فمقتضى الجمع بينهما هو القول بما قلناه والجواب عنه
اولا ان مقتضى الادلة الماضية عند ثم هو صحة العقد وتحقق النقل والانتقال بمجرد صدق
العقد واشتراطه بشرط غير ثابت وما ذكر من اشتراط التراضي وطيب النفس انما هو
شرط لجواز التصرف وحليته الاكل كما لا يخفى لا لصحة العقد وثبوت النقل والانتقال عليه
غير ثابت على انه لا بد من ذلك فتامل جيدا وثانيا ان معنى الاجازة ليس الا امضاء ما دل
العقد والرضا به فلا بد من ان يكون العقد دالا على النقل والانتقال ففي الحقيقة المؤثر
في النقل هو العقد لان الاجازة لا تدل الا على الرضا ومعلوم ان الرضا بمجرده غير
ناقل فتامل وثالثا ان الفضولي انما قصد تحقق النقل والانتقال من حين العقد بالضرورة
والنقل من حين الاجازة غير مقصود له على قول الخصم يلزم الحكم بفساد الفضولي
اذ ما قصده الفضولي يعني تحقق النقل من حين العقد لم يقع اذ المفروض كون الاجازة
ناقلة من حينها وما وقع اي النقل حين الاجازة غير مقصود للفضولي فلا بد من
الحكم بالفساد اذ العقود تابعة للقصود والخصم لم يقل به فان قلت الانشاء الواحد
الصادر من العاقل بمنزلة انشاءات متعددة فقول الفضولي بعت يحلل الى عقود متناهية
في ازمنة غير متناهية غاية الامر ان المانع قد منع من تاثير في الزمانات الاول اي قبل
الاجازة وبعدها فقد ارتفع المانع فيؤثر العقد فلا وجه للحكم بالفساد ولذا حكم بعض الفقهاء

بان الفضولي لو ملك ما باعه قبل اجازة المالك يصح عقده الاول وصحتها لا يحتاج
الى الاجازة قلت التابيد والدوام بل اطلاق الزمان غير ماخوذ في البيع بل من لوازم النقل
تمليك العين فلا دلالة للبيع على الزمان اصلا نعم هو ماخوذ في الاجارة ولا كلام فيها فتدبر
واما ما استدل به للجزء الاخير من المدعى ففيه انه لا وجه للحكم بترتب احكام الملك الا ان
تحقق عقد جديد من المالك او من باب تبعية النماء للعين فيملكه من تملكها او من باب
التعبد والاول خلاف المفروض وكذا الثاني واما الثالث ففيه ان الظاهر من الاخبار
المزبورة كون المالك مالكا للنماء من باب ملكية النماء لا من باب التعبد فلا وجه للعدول
عن ظاهر الاخبار فالوجه حملها على ظاهرها والقول بكاشفية الاجازة هذا مضافا الى انه
يستلزم التفكيك بين النماء والعين وهو مخالف للضرورة ولا جماعهم الدال على تبعية النماء
للعين مطلقا ولم يستثن احد منهم ذلك الشيء واستدل القائلون بناقلية الاجازة من حينها
باستصحاب عدم النقل والانتقال وبان الاصل هو ناقلية المشكوك ناقليته وكاشفيته
كما مر سابقا وبالادلة الدالة على اشتراط التراضي والاجازة في صحة العقد وترتب الاثر
عليه ومقتضى الاشتراط هو عدم تحقق الاثر ومنه النقل بدون التراضي وهو المطلوب
والجواب عنه ما ذكرناه جوابا للجزء الاول من القول الخامس والاصل لا حجية فيه بعد
الاطلاقات والعمومات واحتج القائل بالقول الرابع بالمنافاة ومنافاة الوفاء وغيرهما
من الادلة هو تحقق النقل من حين العقد ومقتضى توقف النقل على تحقق التراضي والاجازة
ناقلة من حين العقد بانه تكون موثرة فيما قبلها بالمعنى الذي عرفت في اول المسألة ولا
منافاة بينه وبين الاخبار الدالة على ثبوت الملكية قبل الاجازة بل هي موجبة
له فتامل وفائدة وفيه والانصاف ان هذا الاستدلال والقول في غاية المتانة والجودة
ولكن يمكن الخدشة فيه اولا بان المنافاة ومنافاة الوفاء وهو سببية العقد لتحقق النقل

وعدم احتياجه فی تحققه الی امر اخر سواه وذلك مناف لهذا القول لاحتياجه بناء عليه الی
وثانيا بانه يستلزم لتاخر المسبب عن سببه اذ السبب فی تحقق النقل والانتقال هو العقد مع الاجازة
فالاجازة جزء اخير للعلة التامة فكيف يمكن القول بتحقق النقل والانتقال من حين العقد ولو
بنا بر الاجازة فيه لو بقی الاجازة شرط لتحقق النقل والانتقال والشرائط الشرعية كثيرا ما
يكون متاخرا عن مشروطها كما ان القبض شرط لصحة بعض العقود ومع ذلك يكفی تحققه ولو
بعد ذلك العقد ولم يشترط احد اسبقيته عليه ولا مقارنته له ثم وكما انهم حكموا بصحة صلوة
المستحاضة لو اغتسلت فی ليلة ذلك اليوم مع صحة صلوتها مشروطة بالغسل لا انا نقول
تقدم المشروط علی الشرط غير معقول واما ما ذكره من المثالين ففيه ان اشتراط صحة
العقد بالقبض نفسه وكذا صحة صلوة المستحاضة بنفس الغسل ثم نعم يشترط ان يكون
العقد موصوفا بانه عقد متعقب بالقبض والصلوة بانها صلوة متعقبة بالغسل وهذان الوصفان
حاصلان ولو قبل حصول القبض والغسل فيصدق علی العقد لو تعقبه القبض انه عقد
متعقب بالقبض ولو قبل حصول نفس القبض كما يصدق علی اليوم الحاضر انه يوم متعقب بما
بعده ولو لم يحصل العقد بعده وكذا الكلام فی الغسل والصلوة فافهم فلا يلزم فی التا
تاخر الشرط عن المشروط بخلاف ما نحن فيه فان العقد ثم هذا القائل بصحته مشروطة بتحقق نفس
الرضا بتحقق النقل فی الزمان قبله مستلزم لتاخير الشرط عن المشروط هذا وثالثا بانه
يلزم ان يكون الملك الواحد فی الآن الواحد مملوكا لمالكين مستقلين اذ المبيع بالبيع الفضولی
بناء علی هذا القول محكوم بكونه ملكا للبائع قبل تحقق الاجازة ومن قبله الاجازة من
حين العقد مقتضيه للحكم بكونه ملكا للمشتری من حين البيع ولو قبل الاجازة فيلزم ان
يكون المبيع بعد البيع وقبل الاجازة مملوكا لكل واحد من البائع والمشتری علی سبيل
الاستقلال وهو كما تری ويمكن الاستدلال للقول الثانی الا ورما نع عن الصحة بان الا طلاقات
والعرما

الا طلاقات والعمومات تقتضی صحة العقود مطلقا سواء اجازها المالك اورده وما خرج الشافی
بالاجماع وذلك هو المراد بكون الرد مانعا عن الصحة والجواب عنه اولا ان الاولة المزبورة قد خصصت
بالادلة الدالة علی اشتراط الرضا فما لم يتحقق الرضا لم يتحقق الصحة حتی يكون الرد مانعا عنها
وثانيا ان المراد من مانعية الرد هو الصحة اما ان يكون ما نعيته عنها من حين الرد او من حين العقد
فان كان الاول كما هو الظاهر من كلامه حيث قال المنع فی زمن الخيار فيلزم ان يكون المبيع ملكا
للمشتری قبل الرد للمالك بعده وذلك مستلزم لكون النماء ملكا للمشتری بمجرد بيع الفضولی ولو
رده المالك لوجود المقتضی وهو البيع وفقد المانع وهو الرد ولجواز تصرفه فيه كذلك ولو قبل
الاجازة ولم يقل احد بما ذكر من اللوازم وان كان الثانی فاما ان يكون للاجازة والرضا
مدخلية فی صحة العقد ام لا وعلی الاول يرد عليه انه اما قول بالكشف او الرد فجعله
قسيما لهما لا وجه له وعلی الثانی يرد عليه اولا انه مناف لما دل علی اشتراط الرضا وثانيا انه مستلزم
للقول بان المبيع ملك للمشتری قبل رد المالك فی الظاهر وملك له فی الواقع ولم يقل به احد وان اراد انه
يرفع من حينه الصحة الثابتة للعقد اولا ويوثر الفساد من حين العقد كما اذا احدث بين
الصلوة مثلا فانه يرفع الصحة الفاسدة للاجزاء السابقة ففيه انه خلاف الاجماع لو قال علی
مدخلية الاجازة والرضا وثالثا انه يلزم القول بان المبيع فی الآن الواحد ملك للمشتری
والمالك معا وثالثا يرد عليه ما ذكرناه آنفا من انه يلزم القول بان المبيع فی الآن الواحد
ملك للمشتری والمالك معا وثالثا اما قول بالكشف او النقل او قائل بان للاجازة مدخلية
ومن جواز التصرف للمشتری علی الاول وبعدم هذا كله اذا اراد من الرد معناه الحقيقی واما
لو اراد منه عدم الاجازة الذی هو اعم منه مثلا ان يقول بكون النماء ملكا للمشتری قبل الاجازة
او للمالك والاول هو القول بالكشف بعينه والثانی هو القول بالنقل فلا وجه لجعله
قولا برأسه فظهر من ذلك ان الاقوی بحسب القول الاول اعنی كون الاجازة كاشفة ولكن تعويل هذا

هذا القول يتفرع ان احتمالات السبب الموثر فی حصول النقل والانتقال ليس هو مجرد العقد
لكونه خلاف الاجماع بل السبب الموثر هو العقد مشروطا بكونه مقارنا بالرضا او متعقبا
به فاتصاف العقد باحد الصفتين شرط فی تاثيره فان قلت ان ذلك مناف مع القول بالكشف
اذ الظاهر من كاشفية الاجازة هو تمامية العقد بمجرده فی التاثير وعدم احتياجه الی
امر اخر وترتب الاثر عليه من حينه قلت نحن نقول بان العقد تام فی التاثير ويوثر من
حينه الا انه مشروطا باتصافه باحد من الصفتين فان قلت ذلك مستلزم لتاخر السبب
عن السبب لتوقف العقد فی تاثيره يتوقف علی كونه متصفا بكونه متعقبا للاجازة ولا يتحقق
الاتصاف بتلك الصفة الا بعد تحققها فتاثير العقد يتوقف علی تحقق الرضا فالقول بتحقق
النقل قبل تحقق الاجازة مستلزم لتقدم المسبب الذی هو النقل علی السبب الذی هو
الاجازة والرضا قلت سلمنا مدخلية الاتصاف بالوصف المزبور فی تاثير العقد الا ان ذلك
الاتصاف متحقق ولو قبل الاجازة كما اشرنا اليه سابقا ونذكر هنا توضيحا للمطلب كما ان اليوم
الحاضر متصف بانه متعقب بالغد ولو لم يجی بعد لتم ظهور تحقق ذلك الاتصاف وعلمنا
بتوقفه علی حصول الصفة فعلمنا ان بيع الفضولی كان فی الواقع بحيث يصدق عليه انه
بيع متعقب بالاجازة موقوف علی ان تحققها بالاجازة كاشفة عن اتصاف البيع حين وقوعه
بالوصف المزبور وهو المراد من كاشفية الاجازة فالاتصاف المزبور حاصل حين وقوع
العقد فالسبب تام فی ذلك الحين ولا يلزم تاخر المسبب عن السبب والحاصل ان العقد
الذی مضی فی علم الله تعالی ان المالك يجيزه يصدق عليه انه عقد يتعقبه الاجازة وان لم
يجزه بعد وذلك كاف فی تاثير العقد من حينه واما كفاية ذلك المقدار فلانه لا
دليل علی اشتراط الرضا الا الاجماع او ادلة الرضا والاجماع لم يثبت علی ازيد من ذلك والادلة
وان كانت ظاهرة فی اشتراط نفس الرضا لا الصفة المزبورة كما قلنا الا انه يجب صرفها الی
ما

ما قلناه لان المشهور قد افتوا بصحة الفضولی وكون الاجازة كاشفة ولا ريب ان كاشفية
الاجازة كما وكذا صحة الفضولی لا يوافق الادلة الا بعد حملها الا علی ما قلناه فتفهم الاصحاب موجب لصرف
الادلة عن ظاهرها فان قلت لو كان المراد من كاشفية الاجازة ما ذكرت فالعقد صحيح بل لازم فما
فائدة الاجازة وما معنی قولهم باشتراط الاجازة فی الفضولی مع ان بين الشرط والكشف بالمعنی
الذی ذكرته تنافيا فكيف يمكن صدقهما معا علی الاجازة قلت نحن نقول بان بيع الفضولی
الذی يجيزه المالك ولو لم يجز بعد بمجرد وقوعه لا يحتاج فی صحته ولزومه الی شیء بل هو صحيح
فی الواقع ولازم فيه نعم نحن نحتاج الی تحقق الاجازة لكن لا لتصحيح العقد فی الواقع حتی ينافی الكشف
بل لعلمنا بصحة العقد وحكمنا عليه بالصحة فالاجازة لها جهتان من حيث انها تكشف عن ان العقد
كان حين وقوعه صحيحا اطلق عليها اسم الكشف ومن حيث ان علمنا بصحة العقد فی مرحلة
الظاهر يتوقف عليها اطلق عليها اسم الشرط فلا تنافی وبالجملة مختارنا هو عدم مدخلية الاجازة
فی صحة العقد بالنسبة الی الواقع فلو اجيز فانا نخبر صادقا بان العقد العلانی مما يجيزه المالك لحكمنا
عليه بالصحة واللزوم وان لم يجزه بعد ومما ذكرنا يندفع ما ربما يتوهم من ان المختار منافی
لما ذكره المشهور من ان العقد الفضولی يكون مراعا الی زمان اجازة المالك او رده ووجه الدفع
ان مرادهم بكونه مراعا ای فی مرحلة الظاهر كما هو الظاهر من لفظ مراعی والمختار هو الصحة فی
الواقع فلا منافاة ومن ذلك يظهر الجواب عن الاستصحاب لو اريد اجراؤه قبل الاجازة
فان قلت ما ذكرته مستلزم لملكية المبيع للمشتری بمجرد العقد الفضولی وهو يستلزم جواز تصرفه فيه
بمجرد البيع وهو خلاف الاجماع لتوقفه علی تحقق الاجازة اجماعا قلت ذلك لا يرد فانه ناش
عن الغفلة عما ذكرناه فان جواز التصرف يتوقف علی علم المتصرف بانه ملك له ونحن نقول ان العلم
يتوقف علی تحقق الاجازة وهو غير مناف لحصول الملكية من حين العقد هذا مع ان استلزام
الملكية جواز التصرف فی الملك مطلقا ممنوع كيف والمحجور عليه لا يجوز له التصرف فی ماله مع كونه

ملكاله وكذا الصبي والمجنون والمفلس واشباهها هذا غاية المرام والحاصل من جميع ما ذكرناه
هو صحة الفضولي وكاشفية الاجازة لوجوه والشهرة التي ادعاها في الرياض الثاني انه عمل
بمقتضى مدلول لفظ الاجازة وليس معناها كما عرفت الا الرضا بمضمون العقد وهو انشاء نقل
العوضين من حين العقد الثالث للاخبار والادلة على ترتب احكام الملك من حين العقد الرابع
اطلاق قوله اوفوا بالعقود الدال على صحتها مطلقا اي سواء قارنتها الاجازة او سبقتها او لحقتها
او لم يتحقق اصلا والثابت من التقييد الاجماع وانه الراضي على التسليم ولا انها هو تحقق الرضا
حين العقد او بعده والرابع لم يثبت هذا المقام الرابع في بيان الثمرات المترتبة على القولين
اعلم انها تظهر في مواضع كثيرة منها في ابتداء زمان الخيارات الثابتة للعقود فانه من زمان
صدور البيع على القول بكاشفية الاجازة ومن حين الاجازة على القول بناقليتها هذا
اذا كان المناط في تحقق الخيار تحقق النقل والانتقال اما اذا كان المناط نفس العقد كما هو احد
الاحتمالات في المسئلة فلا ثمرة بين القولين اذ اول زمان الخيار هو حين صدور
العقد على القولين ومنها ما اذا حدث في المبيع عيب بعد صدور البيع وقبل الاجازة
فعلى الاول لا يثبت الخيار للمشتري لحصول العيب في ملكه وعلى الثاني يثبت الخيار له وكذا
اذا تفاوت قيمته قبلها فالخيار ثابت للبايع او المشتري على الاول ولا خيار اصلا على
الثاني ومنها اذا نكح الفضولي امرأة وانكح بنتها قبل اطلاعها على عقد الفضولي وردها
او اجازتها اياه بغير من انكحه الفضولي اياها ثم اطلعت على عقد الفضولي فاجازته فعلى
الاول يحكم بصحة النكاح الاول اذ الاجازة يكشف عن وقوعه صحيحا فلا يبقى مورد للعقد
الثاني فيحكم بفساده وعلى الثاني يحكم بفساد الاول وصحة الثاني لما ذكرناه ومنها ما اذا نكح امرأة
بعد نكاح الفضولي بنتها او اختها او امها ثم اطلع عليه فاجازه فيحكم بصحة الثاني اي صحة عقد
الفضولي على الاول وصحة الاول على الثاني ومنها ما اذا كان المشتري عالما بكون البايع

فضوليا

فضوليا او بالعكس فعلى الاول لا يجوز للعالم الفسخ ولو قبل اجازة المالك ويجوز على الثاني
لعدم تمامية العقد لا يقال يمكن القول بعدم جواز الفسخ ولو بالنقل لوجهين الاول الاستصحاب
فانا نشك في ان الفسخ هل يوجب ارتفاع الصحة التاهلية الثابتة للعقد ام لا فيستصحب
بقاؤها الثاني آية اوفوا فانها شاملة للاصيل العالم بالعقد لا ونحن قبله مع ان الكلام
في اللزوم لا الصحة ولا ريب قبل الاجازة ليس العقد تاما على القول بناقلية الاجازة
ومنها ان الشرائط المعتبرة في البيع لو كانت موجودة حال العقد حكم بصحته على الكشف ولو
كانت مفقودة عند الاجازة واما على القول بالنقل فلا بد من وجود الشرائط عند كل واحد
من الاجزاء ومنها انه لو كان احدهما اصيلا والاخر فضوليا ثم صار الاصيل مجنونا
قبل الاجازة فعلى الاول يحكم بصحة العقد وعلى الثاني يحكم بفساده وكذا يظهر الثمرة فيما اذا
ارتد الاصيل بعد العقد وقبل الاجازة مع كون المبيع مصحفا فعلى الاول لا بد من القول
بصحته وعلى الثاني بفساده لاستلزام الصحة بناء عليه نقل المصحف الى الكافر وهو
غير جائز ومنها ما اذا ترادف العقود الفضولية على مبيع واحد وتحقيقها يتوقف على
بيان اقسامها فنقول ان العقدين الواردين على مبيع واحد اما ان يكونان متضادين
بان لا يمكن اجتماعهما كان باع الفضولي دار زيد لعمرو والاخر باعه لبكر او غير متضادين
كما اذا باعه احدهما واجره الاخر فيجوز اجتماعهما بان يحكم بكون العين مجردة عن
المنفعة للمشتري والمنفعة للمستاجر وعلى التقديرين اما ان يكون العقدان
متقارنين في الوقوع بان يكون وقوعهما في زمان واحد او مختلفين وعلى التقادير
اما ان يجيزهما المالك او يردهما والكلام على الثاني وعلى الاول اما ان يجيزهما دفعة
او يجيز احدهما اولا ثم الاخر ثانيا بعد تمامية اوليهما والاخير غير محصور وفيها كما لا يخفى
ونظهر الثمرة بين القولين في القسمين من تلك الاقسام القسم الاول ان يكون العقدان

متضادين مختلفين في الوقوع مع كون الاجازة دفعية على الكشف فعلى الكشف يحكم بصحة العقد الاول
وفساد الثاني اما الاول فالوجه المقتضي وهو النصف يكون متعقبا بالاجازة وفقد
المانع اذ المقصود ما يفيده هو العقد الثاني وهو لا يصلح للمانعية اذ المبيع في الواقع يصير ملكا
للمشتري بمجرد العقد الاول فلا مورد للثاني حتى يمكن تاثيره ومن هنا ظهر وجه فساد الثاني
على القول بالنقل فلا بد من القول بفساد العقدين اذ الحكم بصحتهما معا غير ممكن لاستلزامه
نقل ملك واحد في آن واحد الى مالكين مستقلين وصحة احدهما دون الاخر ترجيح بلا
مرجح واما اذا كان العقدان متضادين متقارنين في الوقوع مع كون الاجازة دفعة او
مترتبة فلا تظهر الثمرة بين القولين في تلك الاقسام اما القسم الاول فلصحة ما اجازه اولا
وان كان هو العقد الواقع ثانيا على القولين وبطلان الاخر وان اجازه ثانيا
على القولين فلا ثمرة فيه واما القسم الثاني فلفساد العقدين على القولين لما مر من ان
صحتهما غير ممكنة لما عرفت والتفريق ترجيح من غير مرجح واما الثالث فلصحة ما اجازه
اولا على القولين وفساد الاخر لعدم بقاء المورد له واما القسم الثاني من القسمين
الذي تظهر الثمرة بين القولين فيهما فتوضيحه يتوقف على رسم مقدمة وهي ان
العقدين لو لم يكونا متضادين بان يمكن اجتماعهما فاما ان يكونا متقارنين في الوجود او
مختلفين وعلى التقديرين فاما ان يلحقهما اجازة المالك دفعة او بالترتيب فلو كان
العقدان غير متضادين كالبيع والاجارة وغير متقارنين بان يقع احدهما قبل الاخر
فلم يكن الاجازة دفعية بل كانت الترتيب فهو على قسمين لان السابق في الوقوع اما
ان يكون هو البيع او الاجارة وعلى التقديرين اما ان يجيز المالك اولا ما وقع اولا
ثانيا وما وقع ثانيا او بالعكس ولا تظهر الثمرة في واحد من تلك الاقسام اذ لو كان
البيع متقدما على الاجارة وقوعا واجازة فهو صحيح على القولين والاجارة باطلة عليهما

لنقل

لنقل المنفعة بالبيع الى المشتري فلا مورد للاجارة فهو صحيح على القولين والاجارة حتى يؤثر فيه ولو كان
البيع مقدما على الاجارة وقوعا فقط بان ما اجاز المالك الاجارة اولا ثم البيع فالعقدان
صحيحان على القولين اذ اجازته الاجارة الواقعة اولا نافذة لنقل المنفعة الى المستاجر على النقل
بالنقل وفي الكشف لا ضير فيه لنقل العين مسلوبة المنفعة الى المشتري بسبب اجازته الواقعة ثانيا
وكذا على القول بالكشف اجازته الاجارة يكشف عن وقوعها صحيحا وهو لا ينافي صحة البيع
التي انكشف باجازته اياه عنها ولو كانت الاجارة مقدمة على البيع وقوعا واجازة فا
لعقدان ايضا صحيحان على القولين لعين ما عرفت آنفا ولو كانت مقدمة عليه وقوعا فقط فالبيع صحيح
والاجارة باطلة على القولين لنقل المنفعة بالبيع على القول بالكشف وبالاجازة على القول
بالنقل الى المشتري فلا مورد للاجارة على القولين فظهر عدم ظهور الثمرة في تلك الاقسام الاربعة
واما لو كان العقدان غير متضادين وغير متقارنين في الوقوع وكانت الاجازة دفعية فتظهر
الثمرة بينهما اذ على القول بالنقل يحكم بصحة العقدين مطلقا لجواز نقل المنفعة الى المستاجر
والعين الى المشتري في آن واحد وعلى القول بالكشف لا بد من التفصيل بين ما اذا كان البيع
سابقا على الاجارة او بالعكس فالحكم بابطال الاجارة فقط على الاول وصحتهما معا على
الثاني اما الاول فلان اجازة البيع التي وقعت مقارنة للاجارة يكشف عن صحة البيع اولا
لمنفعة مال المشتري فلا مورد للاجارة واما الثاني فواضح فالثمرة ظاهرة فان كان الاول
فاما ان يكون اجازة الاجارة مقدمة على اجازة البيع او بالعكس وعلى الاول فالعقدان
صحيحان على القولين ووجهه يظهر مما مر وعلى الثاني فالبيع صحيح والاجارة باطلة وان كان الثاني
اي كان العقدان غير متضادين وكانا في الوقوع متقارنين ولحقهما الاجازة دفعة ففي المسئلة
على القول بالنقل احتمالات ثلاثة صحتهما معا وفسادهما كذلك وصحة البيع مع بطلان الاجارة
والاوسط هو الاوسط فتدبر جيدا ومنها اي من المواضع التي تظهر الثمرة بين القولين فيها

مسئلة تعاقب العقود الفضولية وترتيبها وهي تتصور على اربعة اقسام لان ترتب العقود المزبورة
وتعاقبها اما ان يكون على المثمن فقط او على الثمن فقط او عليهما معا او على ثمن الثمن فان كان
الاول بان ترتب عقود فضولية على المثمن كان باع الفضولي عبد زيد لعمرو ثم باع المشتري
وهو عمرو ذلك الى خالد ثم باعه خالد بالوليد وهكذا فاما ان يجيز المالك احد او لا كلام على
الثاني وعلى الاول فاما ان يجيز البيع الاول او الثاني او الاخير فان اجاز الاول فالعقود
كلها صحيحة على القول بالكشف لان اجازته تكشف عن كون العبد ملكا لعمرو حين وقوع عقد
الفضولي فعقد عمرو وقع على ملكه فبيعه اياه صحيح وصحته مستلزم لصحة عقد خالد لوقوعه
على ملكه وهكذا واما على القول بالنقل فالعقد الاول الذي اجازه المالك لا ريب في صحته
واما سائر العقود المتاخرة عنه ففي المسئلة احتمالات ثلثة صحتها مطلقا وفسادها وكونها
فضولية موقوفة على الاجازة من صار مالكا واستدل للاول بوجوه الاول ان كل واحد ممن صدر
عنه العقد من الفضوليين فلما وقع عقده اشتمل على جميع شرائط الصحة سوى الملكية وقد حصلت
فيصح عقده لعمرو في المثال المزبور فلما وقع عقده اشتمل على شرائط الصحة سوى مالكية المبيع و
قد حصلت المالكية باجازة زيد الناقلة للعبد فبيع عمرو اياه لخالد صحيح بهذا التقريب
وصحته يستلزم صحة بيع خالد اياه لوليد بعين هذا التقريب وهكذا الثاني عموم الادلة من
اية الوفاء من حيث انها كما عرفت سابقا يدل على وجوب الوفاء بالعقد في كل زمان من
الازمنة غاية الامر ان الفضولي مثل عمرو قبل صيرورته مالكا لم يكن عليه واجبا لوجود المانع وهو
عدم الملكية اما بعد تحققها فلا مانع من شمول الاية فيحكم على عقده بالصحة الثالث ما اشير
اليه سابقا من ان انشاء الواحد بمنزلة انشاءات متعددة وكان للفضولي انشاء النقل في كل
واحد من الازمنة ومنها بعد صيرورته مالكا فيحكم بالصحة وان لم يترتب على عقده اثر قبل ذلك
لوجود المانع اعني عدم الملكية والى هذا مال الفاضل النراقي فيما نسب اليه وهذا هو السر فيما حكم بعض

فقهائنا

بعض فقهائنا المعاصرين كما حكي عنه من ان الولد لو باع دار ابيه فضولا ثم انتقل الدار اليه بموته
قبل الاجازة فبيعه صحيح ولازم ولا يحتاج في صحته شيء ولكن الحق ان هذا الاحتمال باطل و
الوجوه المستدل بها ضعيفة اذ اشتراط رضا المالك بالعقد وصحته اجماعي بل ضروري ما
ولم يحصل الرضا منه فيما نحن فيه اذ المفروض ان المالك الاول وهو زيد في المثال فلما اجاز البيع
الاول وهو بيع الفضولي لعمرو فلا يمكن له الرضا بالعقد الثاني لنقل المبيع باجازته الى المشتري
الاول فكيف يمكن نقله والمالك الثاني وهو عمرو في المثال غير راض بالعقد اذ المفروض صحة
العقد مطلقا سواء اجاز المالك الثاني او لم يجز فالعقد الثاني شرطه وهو رضاء المالك منتف
نعم كان المالك الثاني راضيا حين العقد ولكن لم يكن في ذلك الحين مالكا والرضا بدون الملكية
غير موثر كما لا يخفى مع ان المالكية التي شرط تحققها في صحة العقد هو المالكية حين العقد
لا مطلق المالكية فتدبر فلا وجه للاول واحتج للاحتمال الثاني بان المالك الاول بعد اجازة
العقد الاول لا يمكن له اجازة سائر العقود واجازة المالك الثاني غير موثر لعدم كونه مالكا
حين العقد والجواب عنه ان مرجع هذا الاستدلال الى اشتراط كون المجيز مالكا حين العقد وذلك
دعوى بلا دليل بل حجة الاحتمال الثالث ان العقود الفضولي يحتاج الى اجازة المالك
حين العقد بالعقد الذي اوقعه عمرو في المثال فان كان فضوليا حين قبل فهو موقوف
على اجازة المالك وزيد الذي هو المالك اولا لا يمكنه الاجازة بعد اجازته العقد الاول
فيتوقف على اجازة المالك الثاني وهو عمرو ولا دليل على اشتراط كون المجيز هو المالك حين
العقد ولعل الاقوى هذا كله فيما اجاز المالك عقدا اولا من العقود المتعاقبة واما
اذا اجاز العقد الثاني فبطلان الاول وصحة الثاني على القولين لا يكون محلا للكلام
انما الكلام في العقد الثالث وهو صحيح على القول بالكشف لما عرفت ويجري فيه الاحتمالات
الثلثة على القول بالنقل ولو اجاز الاخير فلا تميز بين القولين اي ما قبله باطل

وهو صحيح على القولين وان كان الثاني بان ترتب العقود المزبورة على الثمن فقط كما اذا باع زيد
الفضولي عبد عمرو بثوب مثلا ثم الثوب باعه بشعير ثم باعه المشتري بلحم ثم
وهكذا فان اجاز المالك العقد الاول فلا تميز بين القولين لصحة المجاز وتوقف الثاني على
اجازته على القولين وان اجاز البيع الثاني فهو وما قبله من البيع صحيح على القولين اذ على القول
بالكشف اجازته اياه كاشفة عن صحته وصحة البيع الثاني اي الثوب بما فيه يستلزم صحة البيع الاول
اي بيع العبد اذ لو لم يكن صحيحا لم يكن الثوب ملكا له فكيف يمكن الحكم بصحة بيع الثوب ومن
هنا يظهر وجه الصحة على القول بالنقل واما سائر العقود على مال العاقد فلا وجه لبطلانه واما
على القول بالنقل فيجري الاحتمالات الثلثة الماضية فظهر ان ما في المسالك من ان اجازته بيع الثمن
يوجب انتقاله الى ملك المجيز فيبطل التصرفات المتاخرة عنه فيه حيث لم يجزها غير سديد بل فيه ثم
وان اجاز البيع الثالث اي بيع الثوب بما فيه فهو صحيح للادلة الدالة على الصحة وصحته مستلزم
لصحة البيع الاول اي بيع العبد بالثوب لان تاثير بيع الثوب بما فيه يتوقف على كون
الثوب مملوكا للمالك ومملوكيته له لا يحصل الا بعد صحة البيع الاول ومن ذلك ظهر فساد البيع
الثاني لعدم تعقبه لاجازة المالك فما ذكر بعض الاصحاب من ان الاجازة لو تعقبت العقد على الثمن
ثبت للعقد وكل عقد وقع قبله صحيح غير سديد لما عرفت من فساد البيع الثاني في المثال مع انه
متقدم على العقد الرابع على الثمن واجازة المالك مع ان اطلاق ذلك الكلام عدم صحة العقود
المتاخرة وستعرف انها على القول بالكشف صحيحة وعلى القول بالنقل يجري فيها الاحتمالات
الثلثة وما ذكره صاحب المسالك من صحة العقد المجاز فقط وبطلان ما سبق عليه مطلقا
غير صحيح لما عرفت من صحة البيع الاول اللهم الا ان يقال ان مراده من السابق هو ما سبق
واردا على الثمن لا مطلقا ولو كان على المثمن كما في البيع الاول وهو غير بعيد الا انه لا
يلائم قوله لو اجاز المالك العقد الثاني اذ هو ليس قبله عقد على الثمن حتى يحكم عليه بالبطلان

الا ان يقال ان المقصود بطلان السابق لو كان هناك سابق وهو ايضا غير بعيد فتدبر
فيه ولو كان بعد البيع الثالث ايضا بيع اخر فهو على القول بالكشف صحيح وان كان متعددا
وعلى القول بالنقل يجري فيه الاحتمالات الثلثة ووجهه يظهر مما مر وان اجاز الرابع فهو
صحيح على القولين وكذا الاول والثاني وكذا الثالث لعين ما عرفت واما سائر العقود المتاخرة
عن الرابع فعلى القول بالكشف صحيحة وعلى النقل يجري فيها الاحتمالات وان كان الثالث
ترتب العقود الفضولية على الثمن والمثمن فقد ظهر حكمه مما مر فلا نعيده وان كان الرابع
بان ترتب العقود على ثمن الثمن كما اذا باع الفضولي دار زيد بكتاب ثم باع الكتاب بسيف ثم باع
السيف بثوب ثم باع الثوب بفرس وهكذا فان اجاز زيد المالك بيع الاول فهو صحيح
على القولين والعقود الباقية المتاخرة عنه على فضوليتها باقية وان اجاز الثاني فهو وما
قبله صحيح وان اجاز الثالث فهو والعقدان السابقان عليه صحيح وكذا لو اجاز الرابع
ووجهه واضح فان اجازة كل عقد وصحته يستلزم صحة السابق عليه فصحة بيع الثوب
بالفرس لو فرض اجازته اياه موقوفة على كونه مالكا للثوب وكونه مالكا له لا يتصور الا
ان يحكم بصحة بيع السيف بالثوب وصحته متوقفة على كون السيف ملكا له وهو لا
يتحقق الا بعد صحة بيع الكتاب وهكذا فالعقود كلها على هذا الفرض صحيحة وكذا
الحال في بيع السيف بالثوب لو فرض اجازته اياه فيبقى بيع الثوب بالفرس فضوليا
موقوفا على اجازة المالك لان صحة ما سبق عليه لا يستلزم صحته ولا فساده هذا
على القول بالكشف اما على القول بالنقل فالحكم بصحة المجاز وصحة ما قبله لا يخلو عن اشكال
لاستلزام الجمع بين العوض والمعوض فان المالك لو اجاز بيع السيف بالثوب
فيصير الثوب الذي هو ناقل السيف اليه كما يلزم على القول بالنقل جمع العوض
والمعوض اللهم الا ان يقال بالتقدم الرتبة بمعنى ان الاجازة تنقل السيف الذي هو المعوض

اولاد في ملك المالك ثم ينتقل منه الى ملك المشترى وينتقل العوض وهو الثوب اليه ثانيا
اذا كان الطرف الآخر اصيلا او اجازه قبله فقبل الاجازة كان باقيا على ملك صاحبه اى الاول
فبيع الكتاب بالسيف والسيف بالثوب والثوب بالفرس ينبغى ان يكون باطلا لتعذر الا
جازة عن المالك حيث انما خرج عن ملكه بمجرد العقد ولو كان اصيلا او بالاجازة لو لم يكن اصيلا
واجازة المالك الثاني غير مؤثرة لما كتبه واباه بعد اجازته والعقد وقع قبلها اى حين كونه
على ملك مالكه الاول والحاصل ان يأتي في هذا الفرع احتمال الثلثة المزبورة فليتامل ومما
ذكرنا ظهر الحكم فيما ترتب العقود على المثمن وترتب على الثمن خلافا لمن قال فتدبر وتنبه مما ذكرنا على انا في كلام
رضوان الله عليهم **تتميم** مشتمل على مسائل الاولى لو كان احد المتعاقدين اصيلا لا يجوز له
فسخ العقد ولو قبل اجازة المالك على القول بالكشف ويجوز له ذلك قبلها على القول با
لنقل اما عدم الجواز على الاول فلتمامية العقد بالنسبة اليه فيشمله الادلة الشرعية والترضي
من قبله حاصل فالعقد لازم لا يجوز فسخه واما الجواز على الثاني فلتوقف تمامية العقد على
الاجازة فمن قبلها غير تام فلذا له الفسخ قبل قبول القابل فكذا يجوز للاصيل قبل اجازة
المالك وهو مردود لان الحكم بالجواز في المقيس عليه انما هو لانتفاء صدق العقد بخلافه
فيما نحن فيه فانه يصدق فيما اذا كان ذلك العقد الفضولي قبل الاجازة جائزا اجماعا مطلقا او مقتضى
جواز العقد جواز فسخه لكل من المتعاقدين فكيف يقول بعدم الجواز على القول بالكشف
فلكونه جائزا مطلقا ثم كيف وعلى القول بالكشف هو صحيح ولا دوام من حين العقد كما عرفت
~~سنا اذا ... على ... الاول~~
~~عقد ... في ... الفسخ ... والاصيل وعلى الثاني فلا~~
~~حتى ... الفسخ ... عدم جواز الفسخ ... استصحاب بقاء~~
~~... الثانية ... هو الحكم بعدم ... على القول بالنقل وكذا~~
مقتضى

على الكشف حين وقوع العقد صحيح ولازم فلا يؤثر فيه الفسخ الاصيل وعلى الثاني فلا بعد تحقق بعد الفسخ فيه وذلك هو المراد

~~والحكم كما لا ... ان ... العقد ... الفسخ ... الاصيل وعلى الثاني فلا عقد حتى يؤثر~~
~~الفسخ فيه وذلك هو الاوصل من عدم جواز الفسخ ... مقتضى استصحاب بقاء الاثر الاهلية~~
~~السابقة هو الحكم بعدم تاثير فسخه وعدم جوازه له ولو على القول بالنقل وكذا مقتضى~~ الدليل
الدال الشرعى على لزوم كل عقد عدم جواز الفسخ له قلت اما الاستصحاب فلا يجرى لان المقام ملحق
من الدليل على جواز الفسخ له على القول بالنقل فلا يكون بقاء الصحة التاهلية محل شك حتى
يجرى فيه الاستصحاب بل ان قلنا بجريانه فينقض مع انه معارض باستصحاب عدم النقل وان كان
في الاخر نظر لعدم التنافاة بين الاستصحابين حتى يتصور التعارض بينهما لجواد اجتماعهما
معا اذ تحقق الصحة التاهلية بمجردها لا يستلزم النقل بل يجوز تحققهما وان تحقق النقل كما
يخفى واما الادلة الشرعية فلانها مخصصة بتحقق الاجازة عند القائلين بهذا القول والا
فهى باطلاقها تدل على صحته مطلقا وهم لا يقولون به فصحة العقد عندهم موقوفة على تحقق
الاجازة قبلها لا صحة فلا يتصور اللزوم ووجوب الوفاء به فتدبر ثم انه لو ماطل المالك في
الاجازة والرد فهل يجوز للاصيل ان يفسخ العقد بمجرد المماطلة او يتوقف جوازه له على الرجوع
الى الحاكم قولان والاقوى هو القول الاول لقوله لا ضرر ولا ضرار بتقريب ان الضرر المنفى ومنه هو
نفى جعل الضرر في الشريعة ومقتضاه ثبوت الخيار له ولو صح عدم الرجوع الى الحاكم اذ مع الرجوع
اليه وان يثبت الخيار وانتفى الضرر عنه الا انه غير مناسب للمعنى المتبادر والمعروف لانه بناء
عليه يلزم كون العقد قبل الرجوع لازما ولزومه مستلزم لجعل الضرر غاية الضرر المستلزم
لثبوت الخيار بمجرد المماطلة لانتفى الضرر الغير المجبور بجاى حتى يمكن ان يقال الضرر الوارد عليه مجبور
بثبوت الخيار له بعد الرجوع الى الحاكم فظهر مستند القول الثاني المنسوب الى الفاضل النبى
ره وحاصل استدلاله هو الجمع بثبوت الخيار بعد الرجوع اليه جمع بينهما وقد عرفت الجواب
ذلك فلا نطيل الكلام بالذكر **الثانية** لو زوج امرأته لنفسه فضولة عنها فصل له قبل اجازتها
او ردها نكاح اختها وامها ام لا قولان واستدل للثاني كما عن الرياض بما دل على حرمة الام

الام والجمع بين الاختين من قوله تعالى وامهات نسائكم وان تجمعوا بين الاختين ووجه الاستدلال
ان الالفاظ موضوعة للمعانى النفس الامرية فدلالة الآية هو حرمة الزوجة النفس الامرية
فيجب الاجتناب عنها والاجتناب المزبور يتوقف على الاجتناب عن كل من يحتمل كونه اختا وامها
للزوجة ومقدمة الواجب واجبة فيجب ترك تزويج من يحتمل كونها اختا فتزويجها لا يجوز وهو
المطلوب والجواب عنه من وجهين نقضى وحلى اما الاول فبانه منقوض بما حكموا به من ان
الزوجة لو ارضعت صغيرة بحيث حصل الشك للزوج في تحقق الرضاع الشرعى الموجب لتحريم المرضع
على صاحب اللبن يجوز له تزويجها مع ان الدليل المزبور جار هنا وكذا حكموا ببقاء العقد و
صحته بالاجماع المنقول وفي المقام مدفوع بتمسكهم مضافا الى الاجماع بالاصل الذى يجوز اجراؤه
فيما نحن فيه فان قلت لعل القائل بالصحة فيهما نظر الى استصحاب جواز النكاح في الاول و
استصحاب الحلية في الثانى قلت بعد الاغماض عن جريان الاول من الاستصحابين في المقام ان
القاعدة التى ذكرها المستدل لو تمت فهى واردة على الاستصحاب لكونها اجتهادية بالنسبة اليه
كما لا يخفى فتامل واما الثانى فهو ان الالفاظ وان كانت موضوعة لما ذكر الا انها في مقام
التكليف منصرفة الى المعلومة على التحقيق المستفاد من الآية هو حرمة الجمع بين الاختين
لو علم الزوج بان امرأته او من نكاحها ثانيا اختا لزوجته في الواقع ولا وجه في فقدان ذلك
المعنى في المقام لان الزوج لا يعلم ان اخت المنكوحة فضولة اخت لزوجته لعدم علمه بتحقق الزوجية حينئذ
حتى يعلم بان اختها اخت زوجته في نفس الامر فلا دليل على عدم جواز نكاحها فالاقوى ان
هو جواز نكاح اختها وامها فتامل ثم بناء على ما اخترناه من جواز النكاح فلو انكح امها
او اختها ولو بالعقد الاصلى دون الفضولي فان ردت المنكوحة اولا عقد الاول وعليها
فضولة فلا اشكال وان اجازته فالعقد الواقع عليها صحيح وما وقع بعده على الام او الاخت
فاسد على القول بالكشف لانكشاف الاجازة عن كونها زوجته فلا مورد للعقود المتاخرة
واما على النقل فيكون العقد الاول باطلا والثانى صحيحا كما لا يخفى وجهه واما ثانيا بناء على
ما اختاره

ما اختاره في الرياض فيحتمل ان يقع بفساد الثانى مطلقا تمسكا بكونه منهيا عنه والنهى يوجب الفساد
ويحتمل التفصيل بين القول بالكشف والنقل فالحكم بصحة الاول وبطلان الثانى لو اجازته
وصحة الثانى وبطلان الاول مطلقا على الثانى ومستند لان النهى يوجب الفساد لو كان لفظيا
واما اذا كان لبيا فلا كما لا يخفى فيه لا وقف في اثبات حرمة اخت الزوجة المزبورة بالدليل العقلى
فتامل **الثالث** لو باع الفضولي واجاز الوكيل الذى وكله المالك بالوكالة المطلقة ورده
المالك مقارنا للاجازة الوكيل ثم اجازه بعد الرد فهل يكون العقد صحيحا ام لا اختلفوا فيه على قولين
واستدل للقائل بالثانى بان اجازة الوكيل ورد المالك لا يمكن اجتماعهما والعمل بهما ولا يمكن ايضا
جمع احدهما على الاخر لما لا يخفى فيتعارضا وتساقطا فلا اعتبار بشئ منهما بقى في المقام اجازة
المالك كما هو مفروض المسئلة وهى ايضا غير معتبرة في الواقع اما ان يكون اجازة الوكيل مؤثرة
او رد المالك مؤثرا فاجازة المالك لو كانت مؤثرة لزم تحصيل الحاصل على الاول وتاثير الاجازة
بعد الرد على الثانى وكل منهما باطل لانه لا يحتاج الى البيان ولكن الاقوى هو الصحة لان العقد
وقع والاجازة الثانية الصادرة من المالك قد لحقت به فالمقتضى للصحة موجود وغاية ما يتصور
كونه مانعا هو ما ذكره الخصم من لزوم احد الامرين وانت خبير بانه انما يتم لو كان التعارض
بين اجازة الوكيل ورد المالك صحيحا بالاول وبيانه ان الامكان تاثير كل واحد منهما محل شك في
الواقع فلا يتم المانع لبقاء الاجازة الصادرة عن المالك سليما عن المعارض في الواقع ايضا فبثوت لا يخفى
ان التعارض هنا واقعى لان تاثير اجازة الوكيل في الواقع يتوقف على عدم مقارنتها برد المالك وكذا
تاثير رد المالك مشروط بعدم مقارنته باجازة المالك فلا تاثير لشئ منهما في الواقع وعلى التنزل
من كون تاثير كل واحد منهما في الواقع مشكوكا وكيف كان فلا معارض للاجازة الثانية فتامل
والمناسب للمقام ذكر مسئلة مرتبطة بالمطلوب وهى انه لو تعارض فعل الوكيل مع فعل موكله فهل
المقدم هو فعل الوكيل او فعل الموكل فيه قولان والمستند للثانى امران احدهما ان اطلاق الوكالة

ع

المنصرف الى غير المقام فنعمل الوكيل لا دليل على صحته والاخوان فعل الموكل بمنزلة عزل الوكيل فنعمله حينئذ انعزاله ولا عبرة لهذا الفعل في كلا الوجهين نظرا اما الاول فيمنع الانصراف اولا وثانيا فان فرض الكلام فيما اذا كان اللفظ عاما شاملا لوكالته ولو فيما نحن فيه او صرح الموكل بوكالته ولو اراد التصرف بنفسه واما الثاني فلان العزل يحتاج الى انشاء المالك كثيرا ما يكون غافلا حين تصرفه عن قصد انشاء عزله فليتامل **الرابعة** لو باع نصف ما هو مشترك بين مالكين بالسوية ولم يقصد وقوع البيع عن احدهما او فيهما مطلقا ثم اجازه دفعة فالحق فساد البيع لاشتراط تطابق المقصود من الاجازة مع مورد العقد وهاهنا مختلفان لان كل واحد من المجيزين قصد اجازة بيع تمام حصته والعقد لم يقع عليه فتامل واحتمل القايل بالصحة بالاطلاقات والعمومات فالحكم بكون المبيع هو نصف حصة كل منهما وانت خبير بان الاطلاقات مقيدة والعمومات مخصصة بالشرط المزبور وانتفائه يقتضي انتفاء المشروط **الخامسة** لو باع الفضولي بثمن مثلا واخر بثمن حالا لكل واحد من مالك المبيع والثمن وكيل فاجاز الوكيلان عقد الفضولي واشتبه هذا المبيع مالكه بالاجل الثمن يتفسر في الزمان الذي اوقع الفضولي العقد فيه على سبيل الاطلاق مبنى على صحة العقدين اللذين صار احدهما من الفضوليين وصحة اجازة الوكيلين والاخر عن الاصليين واستدل باحتمال الجمع بينهما بحمل المطلق على المقيد والحكم على لزوم التاجيل في الثمن وكذا الاخرى هو فساد العقدين لوجود التنافي في البين فان المطلق عندهم منصرف الى المعجل والتنافي بين المعجل والمؤجل واضح وترجيح احدهما على الاخر ترجيح من غير مرجح مع ان حمل المزبور مشروط بالترابط منهما الحاد القايل حقيقة اوحكما وهو مفقود في المقام فتامل **السادسة** لو مات المالك قبل الاجازة قبل تاثير اجازة وورثة ام لا قولان وعن العلامة نعم لان الاجازة حق والحقوق تنتقل الى الوارث واورد عليه بعض الفحول بان عقد الفضولي قبل الاجازة جايز والعقود الجايزة تبطل بالموت اجماعا فكيف يمكن تصحيحه باجازة الورثة قال فالاولى هو القول بالصحة لو قلنا

بكشفه

ع

بكشفها الاجازة والفساد لو قلنا بانها ناقلة وفيه اولا ان ما اورده على العلامة بعمومه الوصية والمعاطاة بناء على كونها عقدا جايزا والبيع بالخيار وبعض افراد الهبة وهو مما لم يوجد فيه اسباب اللزوم من التصرف والعوض وكون الموهوب له ذا رحم فان المذكورات لا تبطل بالموت بالضرورة فلعل دعوى الاجماع على الكلية ممنوعة والتحقيق ان بطلان العقود الجايزة انما ان يكون مبناها هو مجرد الاذن من المالك او هو مضافا الى ثبوت الحق فان كان من القسم الاول كالوكالة والعارية والوديعة فيبطل بمجرد الموت وان كانت من الثاني كالوصية والهبة والمعاطاة فلا وجه للحكم ببطلانه اذ الاذن غير قابل للانتقال بخلاف الحق فانه ينتقل فتامل والاجازة من الحقوق فتنتقل الى الوارث وثبوت اجازته والدليل على كونها حقا ثلثة **الاول** استصحاب بقاء الصحة الاهلية الثابتة قبل موت المالك فنشك في بقائها وارتفاعها فيستصحب وهو مستلزم لتاثير اجازة الورثة وفيه انه عرضي مع ان اقتضاء المقتضي مشكوك اولا مع ان في تقديم سلامته عن الايراد يحتمل الاصول المثبتة لا حجية فيها **الثاني** صدق العقد مع تراضي المالك بعد اجازة الوارث فيصح الاية واشتراط رضا المالك حين العقد ممنوع وهو دليل على تاثير اجازته وذلك مستلزم لانتقالها اليه فيكون حقا وهو المطلوب **الثالث** عموم ما ترك الميت فهو لوارثه وعموم الشامل للاجازة فان قلت فلا استثنى من العموم من موارد صنوف كحق المستاجر على الموجر اذا اشترط استيفاء المنفعة بنفسه وكحق الخيار لو شرط كونه له فقط ونحوهما فانهما لا تنتقل الى الورثة قطعا قلنا قسمين من الحق قسم انتقاله كحق القصاص والخيار والشفعة وقسم لا يجوز انتقاله كما عرفت وحق الاجازة كونه من القسم الاول على شك والشبهة موضوعية موجبة للتوقف فلا دليل على كونه قابلا للنقل نعم ولكن الاية المذكورة بعد دلالتها على الصحة تكشف عن كونه قابلا للانتقال كما لا يخفى فهذا الدليل دليل بعد انضمامه الى الدليل الثاني فتدبر **السابعة** في بيان احكام التنازع ولا بد اولا من بيان اقسامه اعلم ان النزاع اما ان يكون في وقوع الاجازة وعدمه واما في زمان وقوعها

ع

بعد الاتفاق على نفس الوقوع كان ادعى احدهما وقوع الاجازة اجازته يوم الخميس والاخر وقوعها يوم الجمعة وعلى التقادير كلها فاما ان يكون النزاع بين الفضوليين او بين احدهما والاصيل او بين الاصليين فان كان النزاع بين الفضوليين او بين احدهما والمالك فلا يسمع ذلك النزاع لاختصاص النزاع القابل للسماع في النزاع الصادر عن المالك او من قام مقامه والفضولي ليس مالكا ولا فائدة لانتفاء الثمرة في هذا النزاع كما لا يخفى وان كان النزاع بين الاصليين فان كان نزاعهما في الوقوع وعدمه فلا يسمع ايضا اذ منكر الوقوع ان شاء لزوم العقد فاجاز حتى صار لازما وان شاء بطلانه فرده حتى يصير باطلا فلا حاجة الى النزاع ولا ثمرة له ايضا نعم يثمر لو كان المنكر قد اجاز قبل النزاع وحكمه يظهر مما سنذكره وان كان نزاعهما في وقوع الاجازة بعد الاتفاق على وقوع نفسهما على القول بالكشف لا يسمع ايضا لانتفاء الفائدة اذ على التقديرين اي تقدير تقدمها او تاخرها يترتب اثر العقد عليه من حين وقوعه لا من حين الاجازة كما عرفته فلا فائدة له ايضا واما على القول بالنقل فينفع الكلام فيه يحتاج الى بيان صور النزاع وهي ثلثة اذ المنكر اما ان يقول اني لا اعلم بوقوع الاجازة في الزمان الذي يدعي المدعي ايقاعها فيه او يقول اني اعلم عدم وقوعها فيه او يدعي وقوع التردد في ذلك الزمان وان لم يوقعها فيه جزما فان كان الاول ففيه اقوال ثلثة قول بلزوم الحلف على المنكر بعد عجز المدعي عن الاثبات تمسكا باطلاق اليمين على من انكر وفيه ان الظاهر من المنكر هو من يدعي العلم بالعدم لا عدم العلم وايضا الظاهر من الخبر كون ما يدعيه المدعي وانكره المنكر متحدا وليس كذلك فيما نحن فيه كما لا يخفى **اقول** مع انه لا دلالة للاطلاقة على تخصيص بلزوم اليمين المردودة على المدعي مستدلا بقائله بالاخبار الدالة على ان قطع النزاع مامور ادلته ومنها اليمين المردودة وفيه ان الظاهر من المردودة كون اليمين حقا للمنكر وقد عرفت انها ليست ثابتة له حتى يتصور ردها الى المدعي **وقول** بلزوم الحلف لا من باب الرد بل ما لا وصالة وهو المحكي عن الفاضل القمي ره واستدل له باطلاق الاخبار الدالة على انقطاع الدعوى باليمين مطلقا

وفيه

ع

وفيه ان الظاهر منه هو يمين المنكر سلمنا الاطلاقه لكن لا بد من تقييده بما يدل على القطع بيمين المنكر كما هو مقتضى حمل المطلق على المقيد **اقول** مع انه لو لا دلالة الاطلاقة على تخصيص اليمين بالمدعي فان ذكره من التخصيص لا وجه له فالتحقيق ان يقال لو كان الاثبات ممكنا للمدعي فلا اشكال والا فان ادعى المدعي علم المنكر فيقدم قوله مع حلفه على نفي العلم بشرط ان لا يستند المنكر عدم علمه الى ظاهر الاصل وان استند اليه بان يقول اني لا اعلم بوقوعها لان الاصل عدمه لو لم يدع المدعي علمه فيقدم عليه بلا يمين كما اذا وقع النزاع على الميت او الغايب ووجه الحكمين واضح وان كان الثاني اي المنكر ادعى العلم بالعدم ففيه قولان قول بلزوم الحلف على المدعي هنا حملا له على نظايره كما حكموا به فيما اذا ادعى الزوج طلاق زوجته في زمان وادعت وقوعه بعده بلزوم الحلف عليه مع انه مدع وكذا حكموا بلزوم الحلف على المدعي لو ادعى الوكيل او المستعير او المستاجر تلف مال المالك فانكره وكذا لو كان المدعي هو الوصي او الولي هو او المنكر هو الوارث المولى عليه وحكموا ايضا بحلف الزوجة لو ادعت كونها حاملا عند الطلاق **وقول** بلزوم الحلف على المنكر لاطلاق اليمين على من انكر وهو اقوى واما ما ذكره الخصم من النظاير ففيه انه قياس باطل بالضرورة مع انا نقول ان الدليل الوارد قد دل على لزوم اليمين في الموارد التي مرت اليها الاشارة وهو قولهم من ملك شيئا ملك الاقرار به فان الزوج مالك للطلاق فيكون مالكا للاقرار به في الاول وقولهم لا تتهم من اؤتمن وقولهم ليس على الامين الا اليمين في الثاني فان الوكيل امين وكذا اخواته وقاعدة الوصاية والولاية المسلمة عندهم في الثالث وقاعدة التصديق المستفاد من قوله هن مصدقات وليس شيء من تلك الادلة في المقام موجودة فكيف يمكن حمله على النظاير المزبورة فان قلت ان المالك للاجازة هو المالك للاقرار بها للرواية المتقدمة فكيف يحكم فيما نحن فيه بانتفاء الادلة الواردة قلت ان المستفاد من الخبر الزام المالك على اقراره على مملوكه لا تقديم قوله المستلزم لورود اليمين عليه وعلى تقدير اطلاقه لا بد من حمله على ما ذكرنا للاخبار الواردة في احكام الاقرار فلا دلالة له على تقديم قوله فتامل **تنبيه** هل يكفي في تحقق

بع

بمجرد رضاء المجيز بالعقد ولا بد من قول او فعل دال عليه والحق هو الثاني بلا خلاف كما حكي في
فتاوي الاصحاب ولقوله عم انما يحلل الكلام ويحرم الكلام واخصية من المدعى لدلالته على كفاية
القول خاصة والمدعى اعم منه ومن الفعل مجبور بعدم القول بالفصل ظاهرا او لا يخفى ان هذا الدليل
انما يتم على القول بالنقل دون القول بالكشف فان الحلية حاصلة بمجرد العقد فالدليل على القول به
هو الامور الثلاثة فان قلت لا يمكن التمسك به على القول بالنقل ايضا لتعارضه مع قوله تعالى تجارة
عن تراض فيما نحن فيه لكون التعارض بينهما تعارض العامين من وجه فان الاول يدل على كفاية الرضا
مطلقا سواء كان من الكلام ام لا والثاني يدل على كفاية الكلام كان من الرضا ام لا قلت مجرد
لا يوجب السقوط لتوقفه على انتفاء المرجح وهو مع الاول لتاييده بالادلة السابقة عليه المقام
الخامس من المقامات التي رتبناها في الباب الاول ان الفضولي لو قبض المبيع بيبيعه الى المشتري
فهل يرجع المالك اليه او الى المشتري او اليهما معا لو رد البيع والكلام فيه يقع تارة في المثمن وتارة
في الثمن وتحقيق الكلام في الاول يستدعي التكلم في مرحلتين المرحلة الاولى فيما اذا كانت العين باقية
ونتكلم فيها من جهات ثلث الجهة الاولى فيما اذا تعاقبت الايادي على المبيع فنقول ان للمالك الرجوع
الى كل من اخذ العين اجماعا محصلا ومنقولا من غير واحد كما حكي ولقوله عم على اليد ما اخذت
حتى تؤدي فان المستفاد منه سببية الاخذ لوجوب الاداء فاخذ كل واحد من اخذها سبب لوجوب
فيجوز له الرجوع الى كل واحد ولقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار وفيه ان الحكم بعدم جواز رجوعه
اصلا مستلزم للضرر عليه وجوازه بالنسبة الى البعض دون الاخر ترجيح من غير مرجح فله الرجوع
الى الكل ولا اشكال في ذلك انما الاشكال في انه لو كان موقوفا على بذل مال وكثير فهل
يجب الرد حينئذ على الراد او لا والاول هو الاقوى لاطلاق قوله على اليد الخ فان قلت انه معارض
بقوله لا ضرر ضرورة لزوم الضرر على الراد لو كان بذل المال الكثير واجبا عليه وايضا معارض
بالادلة الدالة على نفي العسر والحرج قلت اما الجواب عن الاول فلان الاول وارد على الثاني

نعم

بع

من بالغيبة البرخاص مضافا الى انه انما يكون على المالك ما احدثه من الغير لا فعل الاول
فهو بنفسه اقدم على الضرر وعلى الثاني فلان الرجوع الى من دفعه اليه لا انه غاره والمغرور يرجع
على من غره فلا ضرر حينئذ فان قلت يحتمل ان يكون الدافع اليه جاهلا ايضا لاعتقاده انه مالك
فلا يصدق الغار عليه ولا يجوز للراد ان يرجع اليه فيرد عليه الضرر قلت نعم لا رجوع للراد الى الدافع
اليه بما اغترمه للمالك ولا ضير فيه بعد دلالة اليد على وجوب الاداء على الراد وانتفاء ما يدل
على جواز رجوعه الى الدافع ولزوم الضرر عليه لا يوجب دفع اليد عن قاعدة اليد لما عرفت من
تقدمها عليه كيف لا وهو مستلزم لسد باب الضمانات فان الضمان ضرر على الضامن واما الجواب
عن الثاني فلان كثرة المال على المالك ولو بعد عرضه على اليد عليه ام لا فان كان الاول فلا
يجب عليه بذله بل للمالك اخذ المثل او القيمة وان كان الثاني يجب عليه البذل لما عرفت ولا
منافاة بينه وبين قاعدة نفي العسر والحرج هذا ثم انه لو وقع الحيلولة بين المالك وبين ماله
فان باخذ المثل او القيمة من او غيرهما ام لا بل يجب عليه ان يصبر حتى يأتي بماله والحق هو الاول
لقاعدة نفي الضرر ولا اشكال في ذلك انما الاشكال في انه اي اخذ المثل او القيمة هل يكون من باب
الاباحة المطلقة اللازمة كما حكي عن الشهيد الاول او من باب البدلية كالتيمم بالنسبة الى
الوضوء احتمالات بل اقوال والاقوى هو الاخير فان القول الاول مستلزم للضرر على المالك
لان المثل او القيمة بناء على هذا القول ملك للمالك فلو اشترى من اخذ المثل اخذ عمود به لم
يعتق لصيرورته ملكا للمالك المثل وذلك ضرر فان اخذ المثل ضرر وفيه ان عدم امكان عتق العمودين
ضرر والقول الثاني لا دليل عليه فان مقتضاه صيرورة مال الغاصب وهو المثل ملكا للمظلوم
وصيرورة مال المظلوم ملكا للغاصب ولا دليل على شيء منهما لان الدليل في المقام محض نفي
الضرر وهو لا يدل على الانتقال لا من مال المظلوم الى الغاصب ولا العكس بالضرورة
ولو فرض دلالته على الانتقال بالفرض المحال فانما يدل على انتقال مال الغاصب الى المظلوم لا
انتقال مال المظلوم الى الغاصب ايضا فلا معاوضة فان قلت لو سلم دلالته على الانتقال الزبور

بع

فلا بد من القول بالمعاوضة لانه لو لم ينتقل مال المظلوم الى الغاصب يلزم الجمع بين العوض والمعوض
وهو غير جائز فلعدم لزومه لا بد من القول بانتقال مال الايضا فيتحقق المعاوضة قلت اولا ان اخذ
المثل ليس عوضا عن اصل المال حتى يلزم ما ذكرته بل هو عوض عن الحيلولة الواقعة بين المظلوم وماله
سلمنا كونه عوضا عن الاصل لكن بطلان اللازم ممنوع اذ لا دليل عليه وقد دل الدليل الشرعي هنا
على جوازه وهو قوله عم لا ضرر بعد انضمامه الى الاستصحاب بقاء مال المظلوم على ملكيته فتدبر جدا
فان قلت ما ذكرته موجب للضرر على الغاصب فيتنفى بقوله لا ضرر وهو الحكم بدخول مال المظلوم
تحت ملكية الغاصب قلت ان الغاصب لو كان عالما فهو اقدم على ضرره ولو كان جاهلا فله
الرجوع الى من غره ومن هذا يظهر وجه ضعف القول الثالث مضافا الى عدم الدليل على اللزوم وهو
وبطلان الرابع ايضا لان القائل به اما ان يقول بان المثل او القيمة يخرج عن ملك مالكه وهو
المشتري الغاصب ويدخل في ملك المظلوم او لا بل يقول ببقائه على ملك مالكه غاية الامر جواز التصرف
للمظلوم فيه باي تصرف شاء حتى البيع والهبة والثاني يستلزم الضرر على المالك المظلوم او الغاصب
اذ لو فرض ان المظلوم قد وهب المثل لزيد بعين ماله فاما ان يقول بجواز اخذ الموهوب عن
الموهوب له للغاصب ام لا وعلى الثاني فاما ان يقول بجواز رجوع الغاصب الى المظلوم لاخذ
مثل المثل او قيمته عند اداء او لا بل يقول انه لا يجوز له الرجوع مطلقا لا الى الواجب ولا الى الموهوب له
والاخير مستلزم للضرر على الغاصب كما لا يخفى واقدامه على الضرر انما هو باخذه مال المظلوم
اقدام على وجوب رد عين ماله او مثله اليه لا كليهما معا اذ لا دليل عليه مضافا الى ان الحيلولة
ليست باقوى من التلف فلو تلف لم يكن على الغاصب الا رد المثل فكيف يكون عليه رد المثل والمال
معا في صورة الحيلولة وعلى الاول الى القول بان مال الغاصب يصير ملكا للمشتري فاما
ان يقول بان مال المشتري ايضا يصير ملكا للغاصب ام لا والثاني مستلزم للضرر على الغاصب وما
قيل باقدام الغاصب على هذا الضرر غير ظاهر الوجه لانه لم يقدم الا بوجوب رد العين على تقدير
بقائها او المثل او القيمة على تقدير تلفها واقدامه على هذا الضرر المخصوص او الكلام د

سهـا

بع

واستصحاب بقاء مال المظلوم على ملكيته لا يجري له بعد استلزامه الضرر على الغاصب وهذا
ظاهر والاول هو المطلوب وقد ظهر دليله من ذيل كلماتنا في الامر الذي عليه وحاصله لزوم الضرر
على المشتري لو لم يصر ورده المثل ملكا له ولو قلنا بالبدلية بالمعنى الذي عرفته وملكيته لم يستلزم
لملكية الغاصب ايضا مال العين التالفة المزبورة للزوم الضرر على الغاصب لو لم يكن كذلك بالفرض
هذا هو المراد من المعاوضة كسائر العقود الجائزة واعلم انه لا بد ان يكون المراد بجواز تلك المعاوضة
هو جواز هادمها لم يطرأ عليه احد اسباب اللزوم من التصرف والتلف وامثالهما الا انه يجوز مطلقا
بمعنى يجوز للغاصب ايضا مهما لو رد عين مال المشتري اليه لو كان المثل تالفا عند المشتري
الضرر عليه بناء على هذا تنبيه لو اسقط حق الرجوع الثابت له بالادلة المزبورة او صالحه
يسقط ويقبل المصالحة ام لا والحق هو الثاني ومنشا الاختلاف هو الاختلاف في جواز الرجوع
هل هو من قبيل حق الزوجة على الزوج من وجوب النفقة وحق الشفعة وحق المرتهن من الرهن
وحق الخيار والقصاص وامثالها مما لا ريب في كونها حقا ماليا او مجرد ثبوت حكم تكليفي كما في
لفظ الجواز كحق الابوين على الابن من وجوب النفقة وحق الجار والمضطر والام والولد في الموقف
وكحق رجوع الزوج الى الزوجة في العدة ونظائرها مما لا شبهة في كونه مجرد حكم تكليفي لنا على
وجهنا الاول الاصل تقريبه انه لو كان حقا ماليا فهو متضمن لامرين احدهما الحكم التكليفي والاخر
الحكم الوضعي كما هو شان سائر الحقوق لو كانت ماليا واما لو لم يكن كذلك فلم يكن متضمنا الا
الحكم التكليفي والاصل يدفع الزائد الثاني استصحاب بقاء جواز الرجوع المسقط بعد الاسقاط
تقريبه انا نشك في بقائه وعدمه فنستصحب فان قلت اطلاق قوله الصلح جائز بين المسلمين
حاكم بانه لو صالحه يكون صلحه صحيحا وصحة الصلح دليل على كونه حقا ماليا قلنا ان مقتضى هذا
الاستدلال كون جميع الحقوق حقا ماليا قابلا للاسقاط ووقوع المصالحة عليه مع ان
من الحقوق ما لا يقبل الامرين قطعا وهو ما ذكرناه آنفا والثاني ان الشك متحقق في تقريب
ان الادلة الدالة على جواز الصلح مطلقا بل جواز العقود مطلقا مخصص بالصلح والعقد

يوجب علمه الحرام وحرمة الحلال كان ذلك التخصيص مذكورا في ذيل الرواية المزبورة فان فيها بعد
ما نقلناه منها الا ما احل حراما او حرم حلالا او جواز الرجوع ودخوله في المستثنى او المستثنى منه محل
شك فلا بد من التوقف فلا تشمله الاطلاقات والعمومات فان قلت ليس جواز الرجوع الا كحق الابقاء
على المشتري وفي جواز حفظ المبيع الذي هو مال المشتري حتى يسلم المشتري الثمن اليه وكحق المشتري على
البايع في حبس الثمن الذي هو مال للبايع حتى يسلم البايع المبيع اليه فكما يجوز لكل واحد منهما
اسقاط حقه ومصالحته كذا يجوز لمن له الرجوع اسقاطه ومصالحته قلت مع انه قياس مع الفارق
ان التسليم والتسلم يستفاد من خارج بعت واشتريت ويستفاد منه حق لهما ولا شيء فيما نحن
بصدده يدل على جواز الرجوع حتى للمالك بدل قوله عم على اليد ما اخذت على وجوب الرد على الغاصب
بثبوت الحق المالي للمظلوم فتامل هذا تمام الكلام في الجهة الاولى الجهة الثانية في نمائها
المنفصل وعوض منافعها المستوفاة وغيرها اعلم انه لا اشكال في جواز رجوع المالك الى الذي
استوفى المنافع ايا من كان لقاعدة على اليد لما مر من عموم كلمة الموصول او من شمولها للعين بتقريب
انه كما يجوز له الرجوع الى العين لدلالة الخبر عليه بالمطابقة فكذا يجوز له الرجوع الى المنافع لدلالة
الرواية عليه بالتبعية انما الاشكال في انه هل يجوز له الرجوع الى المنافع التي لم يستوفها من كانت
العين في يده ام لا والاقوى الوجه الاول خلافا لما نسب الى المشهور من قولهم في باب الاجارة
من ان قبض المنافع انما هو بقبض العين فقبضها انما هو بمنزلة قبض المنافع ايضا فيجب عليه الاداء ولك
ان تخبر بان هذا الكلام بظاهره غير سديد اذ لو كان قبض العين فلا وجه لحكمهم بالخيار بعد تعذر
الانتفاع من عين المستاجرة ونحوه للحق الضايع الضار وقع عنهم في ذلك الباب فهذا الكلام
انما صدر عنهم لاجل بنائهم على اشتراط قبض المنافع في صحة الاجارة ولما كان قبض المنافع بوجودها
امرا غير ممكن قالوا بان قبضها يتحقق بقبض العين فمرادهم منه انه يمكن قبض المنافع بقبض
العين لا ان مجرد قبض العين هو قبض المنافع جزء ومع ان قبض الارض مثلا لا يوجب قبض
المنافع التي لا تحقق لها بعد فالاولى في الاستدلال الاتي المستفاد من قوله عم على اليد الخ

هو

وهو وجوب اداء كل ما استولى عليه والاستيلاء على العين استيلاء على المنافع وان لم يستوفها فيجب
عليه الاداء وهذا هو الاوجه الوجه الثاني مضافا الى قاعدة نفي الضرر وقاعدة الاتلاف فهو
لانه لو تعاقب الايدي على المبيع بالبيع الفضولي فقد عرفت حكم المالك من جواز الرجوع الى كل وحكم
الماخوذ منه بالنسبة الى العين والكلام الان في بيان حكم المالك بالنسبة الى المنافع فنقول ان
ان استوفى المنافع بعض من المشتريين والغاصبين فله الرجوع الى من استوفى دون من لم يستوف
لعدم الدليل بالنسبة اليه اذ هو غير اخذ للمنافع حقيقة فلا يجري لقاعدة اليد والضرر فيرجع
يرجع الى من استوفى والمباشر مقدم على السبب سيما اذا كان اقوى فتامل هذا الجهة الثالثة
فيما اذا تصرف المشتري في المبيع بالبيع الفضولي كما اذا غرس او بنى فيه او زرع او نحو ذلك والحق
جواز ابطال ذلك التصرفات للمالك فيجوز له القلع والهدم والحصاد والنبش لقاعدة نفي
الضرر وهي واردة على مخالفها من ادلة حرمة النبش ونحوها مضافا الى منع شمول تلك الادلة
لما نحن فيه هذا اذا كان المبيع هو البذر واما اذا كان هو الارض فزرع فيها المشتري لم يكن
للمالك حصاده لقوله عم الزرع للزارع ولو كان غاصبا الا ان مثل ارضه هذا تمام الكلام في
المرحلة الاولى المرحلة الثانية اذا تلف المبيع بالفضولي في يد المشتري مع تعاقب الايادي
عليه لا يخفى انه لا اشكال في جواز رجوع المالك الى كل واحد ممن وضع يده على المبيع كما عرفت في
المسئلة السابقة اي صورة بقاء العين وانما الكلام في ان وجوب الرد عليه وجواز الرجوع
للمالك هل هو مجرد حكم تكليفي بالنسبة الى الكل او حق مالي ايضا كذلك اي بالنسبة الى الكل
فيجوز له اسقاطه ويسقط بالرجوع الى واحد عن الباقي او حق ديني بالنسبة الى الجميع فعلى كل واحد
يجب اداء المثل او القيمة ولا يسقط باداء البعض عن الباقي كما هو قضية الدين او حق مالي
بالنسبة الى من تلف في يده وحق ديني بالنسبة الى من تلف عنده احتمالات بل اقوال
والاقوى هو الاخير قلنا دعويان اما الدليل على اولهما فهو قاعدة اليد بتقريب ما مر مرارا

من ان المستفاد من قوله عم هو كون وضع اليد على مال الغير سببا لجعل حق مالي عليه مضافا الى
الحكم التكليفي والدليل على الثانية هو ما يستفاد من قوله عم من اتلف مال الغير فهو له ضامن من كون
المكلف مديونا لصاحب المال والاقوال الباقية ضعيفة اما الاول فلما عرفت من الدليلين المزبورين
واما الثاني فلدلالة الدليل على خلافه واما الثالث فلاستلزامه جواز اخذ المالك المثل
او القيمة من كل واحد وان اخذه من الاخر وهو غير معقول والقول بالسقوط عن الباقي بعد الاخذ
من الواحد مخالف لمقتضى القول بكونه دينا ضرورة ان الدين لا يسقط عن ذمته بعد اداء غيره
الدين الثابت على ذمته ولا بد من تذييل تلك المرحلة بامرين الاول في انه لو رجع المالك
الى بايع الفضولي واخذ المثل او القيمة عنه فهل لذلك البايع الرجوع الى من تلف العين في يده
من المشتري ام لا والاجماع قد انعقد على الاول فهو الاقوى ولولاه لاشكل الحكم بذلك لعدم دليل
دال عليه اذ غاية ما يمكن كونه دليلا على جواز الرجوع اما المصالحة الضمنية بان يكون المالك
رجع الى البايع واخذ المثل او القيمة عنه بمنزلة مصالحة ماله على ذمة المشتري الذي تلف
المبيع عنده فينتقل حق المالك اليه واداء الدين تبرعا بتقريب ان المشتري صار مديونا
للمالك بتلف العين فاداء البايع المثل او القيمة بمنزلة اداء دين المشتري فله الرجوع اليه او العادة
العرفية لا سبيل الى الاول لعدم حضور المالك وحينئذ بناؤهما على قصدهما المصالحة
ومن هنا ظهر ضعف الثالث واما الثاني فلانه لا دليل عليه وثانيا ان مقتضى التبرع عدم
جواز الرجوع كما لا يخفى اللهم الا ان يقال ان المالك كان راضيا في الاداء عن المالك الحقيقي
اذا كان المالك المجازي موجبا لجواز الرجوع فاذن المالك الحقيقي اولا ولا بعد فيه الا انه
بوجوده لا يوجب حصول الاطمينان بالحكم بالرجوع وهذا هو مراد من علل جواز الرجوع باستقرار
التلف في يده كما عن الشرايع وشرحه هذا كله فيما اذا كان المشتري الذي تلف المبيع في يده
عالما بانه مال الغير اما اذا كان جاهلا به فسنعرف حكمه الثاني في انه لو رجع المالك الى الذي

تلف

تلف المبيع في يده فهل له الرجوع الى الذي اخذ منه سواء كان هو البايع او المشتري ام لا
والتحقيق ان يقال ان يده اما ان تكون يد امانة بان يكون المبيع بالبيع الفضولي وديعة
عنده او رهنا ونحوهما او يد ضمان كما اذا كان عنده بعنوان الاجارة الفاسدة المضمونة
او البيع واشباههما او غيرهما بان يكون مغرورا في تصرفه فيه كما اذا اكله باعتقاد انه ملك
مضيفه فبان ملكا للغير او تصرف فيه بعد ان تعهد للغير ضمانه وعلى التقادير اما ان يكون
ذو اليد الذي تلف المال عنده عالما بانه مال الغير او يكون جاهلا به فان كان الاول
مع علمه بالحال فلا ريب انه ضامن ويرجع المالك اليه وليس له الرجوع الى من اخذ منه اما
وجه جواز الاول فواضح لقاعدة اليد والاتلاف واما عدم جواز رجوعه الى الغير فلعدم دليل
على الجواز اذ مع فرض علمه لا يتصور الغرر حتى يجوز له الرجوع الى الغار نعم لو كان جاهلا لا
يجوز له الرجوع الى الغار لان المغرور يرجع على من غره ولقاعدة الايمان فان المفروض
كون يده يد امانة ولقاعدة نفي الضرر ولو وصل على الغار غير مضر لانه اقدم عليه ومن
اقدم على ضرره فهو مغبون هذا على تقدير التلف اما على تقدير الاتلاف فالضمان على
المتلف مطلقا سواء كان عالما او جاهلا لقوله عم من اتلف مال الغير الخ لان الاتلاف اقوى من
اثبات اليد العادية فليس له الرجوع ولو الى الغار وان كان الثاني فالضمان على التالف
مطلقا فلا تفاوت الحكم بالنسبة الى العلم والجهل ولا بالنسبة الى التلف والاتلاف لانه
حينئذ اقدم على الضمان حيث قبضه مضمونا كما هو المفروض فلا يجوز له الرجوع الى احد ثم
انه لا بد من ذكر ان الذي يرجع به الى تلف المال عنده اي شيء هو اختلفوا فيه على اقوال فقيل انه
يرجع الى المثل ما لم يكن متعذرا مطلقا اي سواء كان التالف مثليا او قيميا وهو المنسوب الى
الشيخ نجم الدين وقيل بالتفصيل بين ما اذا كان التالف مثليا او قيميا فحكم بتخيير المالك
بين دفع المثل او القيمة على الثاني وسكت عن الاول والظاهر ان مراده تعيين المثل على هذا
التقدير وهو المحكي عن ابن الجنيد والمشهور لزوم دفع المثل الى المثلي والقيمة في القيمي وقيل الخوض

الخوض في المسئلة لا بد من تعريفهما اعلم ان الفقهاء قد اختلفت عباراتهم في تعريفهما ففي الشرايع
ان المثل هو ما يتساوى قيمة اجزائه وفي الشهيد بعد ان نسبه الى المشهور بما هذا لفظه اي اجزاء
النوع الواحد كالحبوب والادهان والنقد ومن النوع الواحد منه يساوي مثله في القيمة ونصف
يساوي نصفه في قيمته وهكذا انتهى والقيمي ما لا يكون كذلك لعدم الواسطة بينهما واعترض عليه اولا
بانه ان اريد بالاجزاء ما يتركب عنه الشيء فالتعريف غير منعكس لخروج الحبوب والتمر والزبيب
عنه لان الحبة مركبة عن القشر واللب فالظاهر ان يقع اختلاف قيمتهما وكذا الباقي وعلى هذا
فلا يكون تعريف القيمي مطردا لاجل المذكورات فيه مع انه خارج عنه وداخل في الاول قطعا
وان اريد بها الاجزاء التي يقع عليها اسم الجملة فلا ينعكس التعريف ايضا لخروج الدنانير والدراهم
منه لاختلافها غالبا في الصفات الموجبة لاختلاف القيمة كالوزن والاستدارة والاعوجاج
ووضوح المسكة وخفائها مع صدق الاسم عليها فتكون المذكورات داخلة في القيمي مع انها مثلية على
المشهور فلا يطرد تعريف القيمي ايضا وثانيا بانه منقوض بالثياب المتعددة المتشابهة بعضها بعضا
تساوت قيمة كل مع الاخر مع انها قيمية وثالثا بانه ينتقض طرد الاول وعكس الثاني بالعبيد المتقاربة
صفاتها والمساوية قيمتها فانها قيمية مع صدق تعريف المثل عليها وعن تبديل الاجزاء بجزئيات
ويرد عليه ما يرد على الاول سوى الجزء الاول من الاول وعن الدروس انه المتساوي الاجزاء
المنفعة المتقاربة الصفات وفيه ما في الاول الا انه ظاهر في ان المراد من الاجزاء ما يقع عليه اسم الجملة
وعن شرح الارشاد انه ما يتساوى اجزاؤه في الحقيقة النوعية وفيه ما لا يخفى فان القيميات كلها كذلك
وان قال الشهيد الثاني ان مرجعه الى ما يكون اسم القليل والكثير منه واحدا كالماء والدبس
والحنطة فاعترض عليه بالنقض بالارض ولو عرف المثل بانه ما يتساوى جزئياته في القيمة و
يتقارب صفاتها وقدر بالكيل والوزن لكان سليما عن الايرادات ظاهرا لكنه ليس كلام الا
يرد عليه الا كلام الله وامنائه وكيف كان فالامر فيه سهل والمشكوك يحمل على العرف ولزم
ما لا يخفيه واعلم انه قد استدل للمشهور بوجوه الاول الاجماعات المحكية في كلام الاصحاب

الثاني قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم بتقريب ان مثل الاعتداء في المثليات هو
المثل وفي القيميات القيمة وفيه ما لا يخفى ان المراد بالمثل في الاية الشريفة اما ان يكون هو المقدار كما
في الكشف مثل ما اكل صاحبه اي مقداره او المماثلة الشاملة كما هو ظاهر كلام المستدل وعلى الاول
لا دلالة للاية على المطلوب فان المستفاد منها عدم جواز الاعتداء ازيد من اعتداء المعتدي
هو غير المدعى وعلى الثاني ايضا لا دلالة لها لان كلام الله عز وجل محمول على المفاهيم العرفية لا على
المصطلح عند الفقهاء ولو ريب ان العرف كما يعد دفع القيمة مثلا في القيميات كذلك يعد دفع المثل
في المثليات وكذا العكس فتامل مضافا الى ان الاستدلال بها متوقف على كون المراد منها هو الاحتمال
الثاني فقط ولا دليل عليه بل كما يحتمل الثاني يحتمل الاول ايضا فتكون مجملة مع انه بعد تمامه
اخص من المدعى من وجهين احدهما ان الظاهر من قوله تعالى ما اعتدى هو كون المعتدي عالما
والمدعى اعم منه والاخر كونه في خصوص المثلي والمدعى اعم منه ايضا كذا لا ايضا قيل وفيه نظر
الثالث ان مثل التالف اقرب اليه من القيمة في المثليات وقيمته اقرب اليه في القيميات والجواب عنه
اولا منع الاقربية وثانيا منع حجيتها الرابع قوله لا ضرر لاندفاع الضرر عن المالك بدفع
المثل اليه في المثليات والقيمة في القيميات وفيه ان الضرر كما يندفع بما ذكر كذا يندفع بالعكس بدفع
القيمة في المثليات والمثل في القيميات والقاعدة المزبورة لا تعين الصغريات والموضوعات الخامس
مرسلة المغصوب مردود وعلى اليد ما اخذت حيث ان رد المغصوب واداء الماخوذ بعد تلفهما
لا يصدق الا برد المثل في المثلي والقيمة في القيمي وفيه اولا ان الظاهر منهما اختصاصهما برد العين
واداء نفسها فمورد هما صورة بقاء العين فلا دخل لهما في محل النزاع وثانيا منع انحصار الصدق فيما
ذكر كيف ولو رد المثل في القيمي يصدق رد المغصوب واداء الماخوذ بالضرورة السادس قاعدة
الاشتغال بتقريب ان كفاية رد المثل في المثلي والقيمة في القيمي متفق عليه بينهم فيحصل البراءة اليقينية
به دون غيره لوجود الاختلاف فيه والجواب انه لا تكليف برد المثل او القيمة ما دام العين باقية
للزوم رد العين ح وبعد تلفها صيرورة الذمة مشغولة بخصوص المثل في المثلي والقيمة في القيمي

اول كلام فلا يتعين باشتغال الذمة حتى تقتضي البراءة اليقينية فاصل التابع و الاية ايضا
التي وردت فيمن تلف بغل الغير عنده فحكم ع بالقيمة لانه قيمي فاذا ثبت لزوم القيمة في القيمي ثبت
لزوم المثل في المثلي لعدم القول بالفصل بالاجماع المركب فتدبر وقد انه لو كان التالف هو المثلي و
رد المثل ولم يرده المتلف فتعذر رده لفقده في ذلك البلد وما حوله فهل لزوم رد قيمته حين
الاقباض او يوم الاعواز او يوم المطالبة او اعلى القيم من حين الغصب الى حين دفع العوض او
حينه الى حين الاعواز او من حين الاعواز الى حين دفع القيمة احتمالات واوجه اقواها
الاول والوجه ان مثل التالف قد استقر على ذمة المتلف بمجرد التلف ولا دليل على انتقال
المثل المستقر على الذمة الى القيمة اذ غاية ما يمكن كونه دليلا للانتقال هو اعواز المثل
وهو بمجرده لا يوجبه لعدم دليل عليه نعم لو انضم اليه مطالبة المالك وارادة التسليم تم يلزم
عليه رد قيمة المثل لئلا يلزم الضرر على المالك ولا يلزم التكليف بالا يطاق على الراد ورد
ما يقتضي القول بالاحتمال الاول فان قلت بمجرد اعواز المثل يوجب انتقاله الى القيمة والا
يلزم التكليف بالمحال فان معنى ثبوت المثل في الذمة ليس الا وجوب الرد على من هو في ذمته
المفروض اعوازه ووجوب رد المثل المعوز تكليف بالا يطاق قلت فرق بين اشتغال الذمة
بشيء وبين وجوب رد ذلك الشيء وما يستلزم المحال هو الثاني وما يفيد فاذا المقام وتنزل
به هو الاول فالمثل مستقر في ذمته حتى يقتضي الدليل انتقاله الى القيمة فتدبر

المقام الثاني والاكثر على انه يصح بالاجازة كما في الايضاح واختلفوا في اطراد الحكم للجاهل
والعالم وعدمه فعن جماعة قلت ولده في الايضاح والتهذيب في حواشي القواعد اختصاص القيمة
بالمشتري الجاهل وعن بعض والمحقق الثاني في شرح عدم تعميمها للعالم وظهر من المحقق الاشكال و
التردد في العالم في كره والقواعد بل وعن كره الاشكال في الجاهل اذا كان البايع معترفا بانه

انه

في بيع الغاصب

كلام في بيع الغاصب

قال لو باع الفضولي واشترى مع جهل الاخر فاشكال ينشأ من ان الاخر انما قصد تمليك العاقد
مع العلم فالاقوى ما تقدم في الغاصب مع علم المشتري فاشكال وكيف كان فحجة الاولين الا
المالك من بيع ما لا يملكه وما ليس عنده وفيه انها انما تدل على حرمة البيع لنفسه بان يسلم البيع
وياخذ الثمن لنفسه وليس فيها ما يدل على البطلان بعد لحوق الاجازة والامضاء وبعد الى الغاصب
لماذون في اتلافه فلا يكون ثمنا فلا تؤثر الاجازة في جعله ثمنا ويدل على الصحة عموم قوله تعالى اوفوا
بالعقود فان الظاهر ان بيع الغاصب مع علم المشتري بعد لحوق الاجازة من العقود الموقعة و يصدق
على الثمن انه عوض عن المبيع عرفا وان كان لا يعرض يحرم شرعا ولم يخرج الثمن عن ملك المشتري ما
دام باقيا وجواز التصرف فيه بتسليط المشتري لا ينافي كونه عوضا عن المبيع بمقتضى عقد البيع كما
لا يضر النوع يجوز التصرف في الفضولي المصطلح بالاجازة وبعده فيشكل المقام بما ذكره الشهيد في
وجه اشكال التح في تتبع العقود الواقعة على ثمن المغصوب مع انه علمه يكون مسلطا للبايع الغاصب
على الثمن فلا بد في ملك رب العين الخ في اذا اشترى به البايع متاعا فقد اشترى لنفسه واتلفه
عند الدفع الى البايع فيتحقق ملكه للمبيع فلا يتصور نفوذها ايضا لان ما دفعه الى الغاصب كالماذون
لماذون له في اتلافه فلا يكون ثمنا فلا تؤثر الاجازة في جعله ثمنا فلا اصل حيث انه قول ويمكن دفعه
بامكان التزام بطلان البيع مع صحة اجازة البيع بان يجوز تسليط الغاصب على الثمن وجواز تصرفه فيه
مع صحة اجازة البيع ثم يأخذ عوضه من المشتري مثلا او قيمته فكما يمكن ان يستدل بجواز تصرف
الغاصب كما نص عليه الاصحاب على ان الثمن لم يكن عوضه بل اسلمه المشتري مجانا فلا تنفع الاجازة في البيع
ولو النفع للمالك يمكن ان يستدل به على ان للمشتري ان يعارض الثمن ويلتزم عوضه في ذمته مثلا
او قيمته وتسليمه الى الغاصب فيصح الاجازة للبيع واخذ العوض وان لم يجز المالك البيع فلا ملازمة
بينهما وذلك كما في جواز بيع المشتري للمبيع في زمن خيار البايع ولزوم رد المثل او القيمة لورده
البايع مثل الثمن الى المشتري وفسخ البيع وان كان ضعيفا عندي لعدم استقرار الملك وتماميته
للشرطان في صحة البيع مع ان التزلزل هنا اقوى لان الملك هنا مراعى بحصول الاجازة لعدمه

وثمة شايبة لبقاء الملك السابق ويتضح بما ذكر فاغاية الوضوح فيما لو باعه الغاصب في ذمة المشترى
ضاف الذمة فكانه سلطه عليه وسلم المشترى في حين فردهن البطلى فلا يصح البيع لان المشترى ليس
مستقلا في تعيين ضاف الذمة فكانه سلطه عليه مجانا ويصح الاجازة لورودها على ضاف ذمة المشترى
لا بوقات في صورة اباحة المشترى للمتصرف عن مرتب للاجازة ولا محتمل لها المنافاة للعوض حينئذ
ظاهر ومع ترتبها فالاباحة على القول بان الاجازة كاشفة كما هو الاصح فاسد لانو ثرفي تصحيح
التصرف بجوبز هم الشرف للغاصب انما هو لعدم كون العقد صحيحا لا فانقول مع انه لا
يتم في الفضولي ايضا على القول بالكشف لان اباحة التصرف في مال الغير بالعوض حينئذ
هو العوض حينئذ بمقتضى ظاهر العقد لا للمعاوضة على المالك وايضا عدم ترتب الاجازة بل وعدم
احتمالها لا يضر بتاثير الاجازة بعد حصولها من باب الاتفاق وان كان لابد فالذي يضر هو قصد
الانتقال الى الغاصب مطلقا سواء اجاز المالك ام لم يجز او مطلق قصد الانتقال والحاصل ان الحقيقي
وان كان انتفاء الجنس بانتفاء الفصل فانه لا بقاء للجنس بعد انتفاء الفصل وان عقد الغاصب
نفسه حلم وفاسد بالنسبة الى نفسه الا انه يصدق عرفا عليه عقد البيع اذ المعيار في الصدق
هو وقوع الايجاب والقبول الناقل على ملك معين وان كان فاسدا الا انه يبدل الى المالك الحقيقي
هذا العقد الفاسد بالعقد الصحيح بل هذا الكلام يجرى في المشترى الجاهل وتوضيح هذا
الكلام موقوف على ان يقولان في الاجازة اقوال ثلثة الاول كونها كاشفة من انتقال حين البيع
الثاني كونها ناقلة الثالث كونها عقدا جديدا مستقلا لا مدخلية للعقد السابق فيه ولو
بناء على هذا ما اخترناه من توجيه القول بالكشف كما هو مذهب الاكثر لان نظرهم هناك
انما كان الى الفضولي المعهود لا مطلق الفضولي وليس خرقا للاجماع المركب كما لا يخفى مع انه
لا مناص لهم ايضا من التزام العقد الجديد في بعض الصور فعلى هذا معنى اجزت البيع ورضيت
بالانتقال اليه من باب البيع فاذا عرفت ذلك فنقول ان الاجازة في صورة كون البيع غاصبا
وقاصدا من البيع الملك لنفسه مصححة للبيع كما ذهب اليه جماعة وهو ليس في معنى لحوق الاجازة

بالعقد

بالعقد كما هو كذلك في الفضولي المعهود بل بمعنى تبديل رضاء الغاصب وبيعه لنفسه وقصده بوقوع
البيع لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه والفرق واضح بين لحوقه رضا المالك بمقتضى العقد
ووقوعه من قبله بالعقد وبين تبديل الرضا والابتياع عن الغاصب بالرضا والابتياع عن المالك لان توقع
ان ايجاب البايع الغاصب لنفسه مركب من امرين الايجاب وكونه لنفسه فاذا بطل كونه لنفسه فيبقى
الايجاب وبسبب اجازة المالك يتحقق لحوق الرضا من المالك بالعقد فهو من باب لحوق الرضا
بعقد الفضولي لانا نقول ان الفصل علة لوجود الجنس على التحقيق فبانتفائه ينتفى الجنس فيرجع الكلام
الى تبديل نوع بنوع اخر لا من باب لحوق الفصل بالجنس لعدم وجود الجنس بعد انتفاء الفصل وكذلك
الكلام في بيع المكره ولحوق الاجازة فان الايجاب على سبيل الرضا فتصحيحه بالاجازة ليس الا من
باب تبديل نوع بنوع اخر لا من باب لحوق الرضا بالايجاب وكذا الكلام في الاجازة بعد ما باع عن
لا عتقاد وانه ملكه ثم ظهر مستحقا للغير فليتامل **المقام الرابع** اختلفوا في انه هل يشترط في
الفضولي من وجود المجيز القابل للاجازة حال العقد ام لا فعن الشهيد والمحقق الثاني والفاضل
والعلامة في القواعد الاشتراط ويظهر من بعضهم التوقف والاشكال وربما نسب الى العلامة في
القواعد ايضا ونحن ننقل عبارته ونذكر ما يظهر منها ثم نتعرض لما في الايضاح وغيره **فنقول** قال
في القواعد والاقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال فلو باع مال الطفل فبلغ واجاز لم
ينفذ على الاشكال وكذا لو باع مال غيره ثم ملك واجاز اقول الظاهر انه اراد ان صحة عقد الفضولي
بعد اشتراط صحته ولزومه وترتب ثمرة البيع عليه بحصول الاجازة من المالك او وليه منوط عنه
عنه في الجملة وقد اختلفوا في اشتراط وجود المجيز حال العقد وعدمه واختار وهو الاقرب ولي
وقال والاقرب اشتراط كون العقد له مجيز اي يعني ان صحة الفضولي مضافا الى لزوم حصول الاجازة
مشروط بوجود المجيز من حيث انه مجيز ومن شانه الاجازة حال العقد فلفظ المجيز مشتمل على ذات و
صفة والصفة يمكن ان المراد منها من شانه الاجازة بالاستعداد بمعنى اتصافه بوجود شرائط
وعدم الموانع بالفعل او بمعنى اتصافه بالقوة مطلقا او بالقوة القريبة من الفعل والمكانة التبادر

من الاجنبا والواردة في الفضولي في البيع والنكاح مغايرة العاقد والمجيز وان المجيز هو المالك حين
العقد والعاقد هو غير المالك فمراده لابد ان يكون المجيز هو غير العاقد والمستفاد من الادلة
ثم انه لابد ان يكون الذات متصفا بوصف كونه مجيزا حين الاجازة بالفعل او بالقوة القريبة
منه بان يكون مالكا او وليا حين العقد والشخاب هذا الوصف حين الاجازة ما تشمله
المالكية لا حين العقد كالفرع الثاني الذي ذكره اي ما لو باع مال الغير ثم ملكه واما انتفاء
وصف مجيزيته حين العقد مثل الفرع فان الطفل وان كان مالكا وقابلا للاجازة ولو بالقوة
لكنه غير متصف بوصف المجيزية بالفعل او بالقوة القريبة من الفعل لكنه استشكل في ذلك
بسبب امكان الاكتفاء بمطلق القوة وعدم المانعية طول المدة بعد كونه من قبل الحصول فعلى
هذا كان الاصوب تقديم الفرع الثاني على الاول حتى لا يتوهم رجوع الاشكال على الفرع
الثاني ايضا للوضوح عدم كون المجيز بوصف المجيزية المستلزم لا للمالكية بالفعل او القوة
القريبة فيه اصلا بخلاف الفرع الاول واما الامكان الذاتي اعني قابلية البايع في الفرع الثاني بذاته
للمجيز فلا ينفع في شيء مع وجود المانع عن الاجازة المبنية على كونه مالكا لكونه متصفا بضده
الحقيقي حين العقد وهو عدم المالكية فالمعيار في الحكم بالصحة هو الامكان الاستعدادي وهو مفقود
في الفرع الثاني بخلاف الفرع الاول لحصوله فيه ووجه الاشكال ان المعتبر هل هو اقرب مراتب الامكان
الاستعدادي فلا يصح اجازة الصبي بعد البلوغ او المعتبر مطلقه فيصح فظهر مما ذكرنا ان في كلام
العلامة مسئلة وفرعين وليس فيه حزازة الا تقديم الشرط الاول على الثاني الموجب لابهام اشتراك
الفرع الثاني مع الاول في الاشكال وقد وقع في كلام الايضاح هنا ما محصله حيث قال بعد ذكر
مجموع عبارته التي نقلناها هنا مسئلتان **الاولى** هل يشترط ثبوت المجيز للعقد الفضولي في
الحال بمجيز ذلك ويبتني على مقدمات الاولى هل يشترط معنى صحة بيع الفضولي قبل الاجازة
امكان ترتب اثره عليه امكانا قريبا بمعنى اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادي لان عبارة
عن اجتماع الشرائط الثابتة ان يمتنع وقوع الشرط فيه يمتنع وقوع المشروط الثالث البيع اذا بطل كلما

الثاني في وقت بطل دائما فحال عدم المجيز يمتنع ترتب اثره ولا يصلح لترتب الاثر عليه فلا يحصل معنى
الصحة بل معنى البطلان واذا بطل لم يمكن ان يترتب صحته ويحتمل عدم الاشتراط لانه لا يشترط اقتران
الاجازة بالعقد بل يجوز تاخرها زمانا طويلا فلا يسلم اشتراط الاستعداد القريب واعلم ان
هذا الفرع يتاتى على مذهب الاشاعرة واما على قولنا ففي صورة واحدة وهي بيع الطفل على المصلحة خلاف
او الشراء له **المسئلة الثانية** اذا باع مال غيره ثم ملكه يحتمل الصحة لان اجازة المالك موجبة لصحة فعل
المباشر فملكه ابلغ ولان عقد الفضولي سبب صالح للتاثير عند وجود الشرط وقد تحقق وزوال
المانع وهو يتوقف على اجازة من اشكال من حيث ان الرضا الاول لم يكن معتبرا لانه لم يكن مالكا
من حيث تحقق شرط اعتباره ويحتمل البطلان لتضاد ملكي شخصين بشيء واحد بعينه وقد تحقق
احد الضدين فينتفي الاخر والتحقيق انه ان قلنا بصحة بيع الفضولي صح البيع هنا من غير توقف على
اجازة البايع انتهى كلامه ره ويمكن توجيه كلامه حيث جعل كلام العلامة مسئلتين ان عقد الفضولي
له اطلاقان احدهما توصيفي وهو العقد المصطلح المعهود الذي يبيع البايع مال غيره نيابة عنه
منه لا ثم يجيزه المالك للبيع فهو اسم لمجموع العقد والاجازة الثاني اضافي اعني بيع غير المالك ملك
غيره مع قطع النظر عن حصول اجازة من ذلك المالك وغيره فلفظ الفضولي في هذا الاطلاق صفة
للبايع لا للبيع والمبحوث عنه في هذا الباب هو المعنى الاول فالمسئلة الاولى في كلام العلامة هو
انه هل يكفي الاجازة من المالك انه كان غير مستعد حين العقد للاجازة ام لا فاختار عدم الكفاية
حيث قال الاقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال فنوع الاقرب عدم صحة العقد الفضولي
المعهود المصطلح اذا لم يكن مجيز حال العقد متمكنا للاجازة بالامكان الاستعدادي ويتفرع
عليه بطلان اجازة الصبي لبيع ملكه وح فيصح بيع غير المالك ثم تملكه بالشراء ونحوه فهي مسئلة
اخرى معطوفة على مسئلة البيع الفضولي التوصيفي المعهود فكما لا يصح البيع الفضولي المصطلح الذي
من فروعه بيع مال الصبي اذا تحقق اجازته بعد البلوغ فكذا لا يصح بيع الشخص الفضولي مال غيره
وان ملكه بعد ذلك فالمعطوف ليس بداخل في المعنى المصطلح بل هو مسئلة اخرى فى تقوم كالفا

بين المعطوف والمعطوف عليه وهذا يوضح غاية الايضاح استدلاله في المسئلة الثانية بالملك بلا بغيته من الاجازة ولنشر هنا الى توضيح بعض الاغلاقات في كلام الايضاح قوله في الحال يعني في حال العقد قوله معنى صحة بيع الفضولي قبل الاجازة مراده لان يترتب عليه الانتقال وقوعه بعينه اقرب المراتب من مراتب الامكان الاستعدادي الخ اعلم ان للامكان العام ثلثة اقسام الاول الامكان الذاتي وهو كون الموضوع قابلا للتحقق والوجود بالذات سواء كان محققا بالفعل او لا وسواء كان المانع مستمرا او لا وسواء كان المستمر جواز الزوال ام لا ففي كل هذه الصور الامكان بحاله بالنظر الى الذات الثاني الامكان الوقوعي وهو ما لم يكن محققا فامانع مستمر الوجود ككون الجسم بضده الحقيقي او احد اضداده المشهورية فان كان محققا فابه فهو وان كان ممكنا بالذات لكنه ممتنع بسبب ما وقع في الخارج من المانع المستمر الثالث الامكان الاستعدادي وهو الامكان الذاتي بشرط زوال المانع وحصول الشرايط بالفعل او بالقوة القريبة ويسمى الاول الاستعداد التام والثاني غير تام والمشهور لم يفرقوا بين الوقوعي والاستعدادي بل ادرجوا الاول في الثاني قوله او صلاحيته عطف على صحة بيع الفضولي بجملته اودون الواو نظرا الى ان الصحة انما هو ترتب الاثر والاثر هنا اما يتصور بالنسبة الى ماهية البيع وهو انتقال الملك فهذا لا يحصل جزما حال العقد كما لا يخفى واما ان يتصور بالنسبة الى هذا العقد الخاص وهو نفس صلاحيته لترتب اثر ماهية البيع الذي هو الانتقال فيصح ان يحكم بانه صحيح بقول مطلق فتامل ثم ان الظاهر من كلام الشارح انه جعل اجازة الصبي بعد البلوغ من باب الامكان الذاتي لا الاستعدادي وان كان مقاربا للبلوغ فهو مشكل العدم تفرقة التعقل بين الكامل الغايب الممكن اجازته والطفل الذي هو في الامكان الذاتي الا ان يتوهم جعل المجاز الشرعي منزلة المحال العقلي ثم قوله واعلم ان هذا الفرع بناء على مذهب الاشاعرة كانه اراد بالفرع ما ذكره المص من قوله فلو باع مال الطفل الخ ومن مذهب الاشاعرة وهم انكار الحسن والقبح العقليين وان العقل ليس بحاكم في شيء واما على قولنا من استقلال العقل بادراكهما في الجملة فلا مانع من تجويز بيع مال الصغير وشرائه فضولا اذا اقتضت المصلحة ذلك

مع

مع ان قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن يقتضي مطابقة حسن العقلي ان الخطاب عام ولا يختص بالاولياء وقرينته قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ومن البيع والشراء على وجه المصلحة فيتم الجواز فاذا اجاز المكلفين القريب على وجه الاحسن ومنه البيع والشراء على وفق وكذا قوله تعالى ما على المحسنين من سبيل ولذلك استدل لوالده على صحة تصرفات ثقات المؤمنين في اموال اليتامى وغيرهم على وجه المصلحة واما الاشاعرة فيقولون لا ندري معنى الحسن والاحسان الا ما امر به الشارع وعلى هذا فيمكن ان لا يجب بحث وجود المجيز ايضا اذ لهم ان يجوزوا مع المصلحة فيجعل بيع مال الصبي فضولا مع المصلحة ليس من فروع عدم المجيز حال العقد الا على مذهب الاشاعرة ويمكن ان يكون نظره مع هذا الى انه لو كان بالاصلح لا على مذهب الاشاعرة العدم تجويزهم الترجيح بلا مرجح بخلاف مذهبنا في بيع مال الصغير مصلحة وفي تركه ايضا مصلحة لكن كان البيع اصلح فيجب العمل بالاصلح لا وحاصل المرام ان في صورة عدم المصلحة لا يمكن الاجازة لا من الطفل ولا من الولي اما من الطفل فلعدم الامكان واما من الولي فلعدم المصلحة فيصح ان يقال ليس هنا مجيز في حال العقد فلا يصح الفضولي الا على القول بكفاية المجيز بالقوة البعيدة واما في صورة وجود المصلحة في البيع فمع وجود الولي ولو كان هو الحاكم فيجب عليه الاجازة لوجوب العمل بالاصلح لئلا يلزم ترجيح المرجوح وان لم يكن ولي او كان ترك العمل بالاصلح مرضيا معذورا فيصح من الفضولي فانه احسن وجواز العمل به لقوله تعالى الا بالتي هي احسن ان المخاطبون خاطبه المكلفين لا خصوص الاولياء فلا يتصور هنا عدم المجيز واما الاشاعرة فلما لم يجوزوا ترجيح المرجوح وعدم وجوب الاصلح فيتصور عدم وجوب المجيز على مذهبهم في صورة المصلحة وعدمها والمقام لا يخلو عن اجمال واغلاق وقد نقل عن الشهيد ره انه قال اعترض بعض العامة على الخ بسقوط هذه المسئلة اعني اشتراط وجود المجيز على مذهب الامامية لانهم يعتقدون وجود الامام في كل زمان وانه ولي من لا ولي له واجاب الخوة بان المراد مجيز في الحال يمكن الاطلاع على اجازته وهو متعذر في الزمان اقول ويمكن ان يتوهم من جانب المعترض انكم تقولون بان الحاكم الشرعي نايب عنه ولا تعذر عنه ولا

في الجواب ان يقي المراد اشتراط التمكن من الاطلاع على اجازة المجيز وفرض التعذر ممكن ولو لمحض الولاية في عدول المؤمنين ايضا ولعل هذا هو مراد القوم وينبغي الكلام في ماخذ المسئلتين وتحقيق المقام والتكلم التي ذكرها العلامة فنقول اما المسئلة الاولى فالتحقيق ان معنى صحة الفضولي فيه هو ترتب الاثر نفس العقد وهو صلاحيته لان يترتب اثر البيع عليه وهو الانتقال بعد الاجازة فانه يحصل بمجرد العقد وترتب الانتقال ايضا بعد الاجازة وانتقال النماء قبل الاجازة على القول بالكشف واما اشتراط ان لا يكون المجيز في اقرب المراتب الاستعداد فمما استند في الوجه الثاني من منع الاشتراط ومستند الاخبار الواردة في النكاح مثل صحيحة ابي عبيدة في نكاح الصغيرين وبدل عليه عموم اوفوا بالعقود وخرج ما خرج ويبقى الباقي والقول بان ذلك مسلم لتخصيص الاكثر اذ الخارج ضعف الداخل مدفوع بان الجمع المحلى حقيقة في العموم وليس الفضولي من الافراد النادرة مع ان العموم افرادي لا نوعي ولا ريب ان اشخاص العقود المعهودة اكثر من اشخاص الغير المعهودة كما حققناه في محله واما ما ذكره في المسئلة الثانية فلا يخفى ما فيه من الحزازة الناشئة في كلامه حيث بني كلامه في المسئلة على احتمالين احدهما البطلان راسا اجازه المالك اولم يجز والثاني صحته في الجملة ثم فصل بما ذكر وكيف كان فالامر في ذلك سهل والعمدة في بيان صحة الماخذ فنقول الناقل له لان اجازة المالك موجبة لصحة فعل المباشر فكله ابلغ ان اولوان اجازة المالك والذي هو مالك حين العقد موجبة لصحة فعل المباشر فلذلك ابلغ خلا معنى لاصالة ان المفروض ان المالك لغيره ولو فرض كونه له فهو خارج عن المفروض وان اراد ان اجازة مطلق المالك وكل من صدق عليه وصف المالكية حتى يشمل من حصل له الملك ثانيا في الحال منع اول الدعوى اذ كون اجازة من هو مالك حين العقد كافيا لا يدل على كون اجازة من ملك بعده كافيا فضلا عن كونه ابلغ وان جاز صحه ايضا فضلا عن عدم الاجازة فتامل في هذا المقام جيدا فرع وهو انه لو باع مع العلم برضا المالك فهل يعد اذنا ام لا الظاهر الا جزء لصحة مسلب الاذن عنه عرفا ولغة فلو باع مع العلم بالرضا فلا يخرج عن كونه فضوليا

والمحكي

والمحكي عن بعض الفقهاء المعاصرين ان ذلك خارج عن الفضولي ويكون لازما من غير حاجة الى لحوق الاجازة مستندا بقوله تعالى تجارة عن تراض وفيه ان المتبادر من ذلك هو التراضي الحاصل من القول والفعل المفروض انه لم يحصل بعد مع ان الاية لا تدل على اللزوم ثم ان ما ذكرنا من عدم كفاية العلم بالرضا الحاصل من القول او الفعل انما هو في العلم الفعلي اما العلم التقديري بانه لو كان كذلك لعلمت برضاه فلا يدخل تحت العنوان قولا واحدا ثم ان بعض الفقهاء اخرج العقد الواقع من جهة المصالح الشرعية والطب في ذلك غالبا الى طناب على ما حكي عنه وقال بان الاجازة اللاحقة حاصلة ومقارنة للعقد فلا احتياج الى الاذن من المالك العارضية ولهذا بيع الحاكم مال الغايب مستغنيا عن لحوق الاجازة بل يمضي عقده من جهته ومثل ذلك بيع مال الطفل سواء كان البايع هو الولي او غيره عند قيام المصلحة ضرورة تحقق اذن المالك الاصلي ويرشد الى ذلك ما قالوه في باب الزكوة من انه للولي وان لم يكن وليا ان يتجر بمال الطفل والربح لليتيم وكذا لغير الولي اذا كان مليا فقد دلت عليه الروايات وكون الربح له انما هو فرع لصحة المعاملة مع كون الروايات مطلقة غير معينة باذن السابق من الولي واجازته اللاحقة مضافا الى اطلاق قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن الدال على نفوذ التصرف بمجرد المصلحة سواء باشره الولي او غيره فان الولاية لا نقول تظهر الثابتة في الحكم التكليفي لا الحكم الوضعي فان غير الولي يأثم بالتصرف دونه ويمكن ان يقال ان الولايات الشرعية على قسمين منها الولاية العامة الثابتة لكل احد يعبر عنها بالولاية الاحسانية المدلول عليها بقوله وما على المحسنين من سبيل ولا شبهة ان القدر المتيقن منها انما هو بالنسبة الى الاشياء التي يخاف عليها التلف والفساد لو لم يتصرف فيها ببيع وغيره ولا يجوز لهم ذلك بمجرد وجود المصلحة والمنفعة ومنها الولاية الخاصة الثابتة بما هو منصوص عليه بالشرع كولاية الاب والجد والحاكم فالقسم الاول ان كان لدفع الضرر فهو كالقسم الثاني غير داخل في الفضولي لنفوذ التصرف من حيث انه ماذون

فاذن الشارع الفرعي هو المالك لا اصيلا وان كان تحليل المنفعة منه واخل فيه لعدم الاذن
من الشارع ولو سلم شموله قولنا على المحسنين من سبيل لهذا القسم فلا يتمه في انه من باب رفع
العقاب والمؤاخذة لا من باب نفوذ التصرف لان الاصل عدمه ولا يثبت بمجرد الاولياء الشرعي والقدر
المتيقن الثابت لغيرهم فلا عرفته وما ذكروه في باب الزكوة ليس اجماعيا حتى انه لخيص بل هو في
ذلك الباب مختلف فيه ولعل الاقوى فيه ايضا الاحتياج الى الاذن الولي وان اخبار المطلقة قابلة
للتقييد بما دل على اشتراط الاذن والادلة الشرعية مخصوصة بالاولياء كالاخبار بحكم
الاجماع الذي ادعاه بعض الاصحاب على عدم جواز تصرف غيرهم مع وجودهم والحاصل
ان بيع غير الاولياء بيع فضولي وان تحققت فيه المصلحة ثم لا يخفى انه ظهر من جميع ما ذكرنا
امور الاول انهم قالوا لا يكفي في الاجازة الحضور مع السكوت بل حكمه ح حكم الغائب كما صرح
به جماعة الثاني انه كما يشترط اللفظ في الرضا كذلك يشترط في الفسخ ايضا كما هو المحكي عن جماعة
منهم الشهيد في حواشي القواعد في باب النكاح ولا يخفى انه من هنا ظهر ايضا ان الاجازة والفسخ
من باب الارادة والكراهة لا الشهوة والنفرة فلا يكفي محبوبية البيع في الاجازة ولا المبغوضية
في الفسخ الثالث ان الفسخ لا بد ان يكون هو المالك او من قام مقامه فلا ينفع فسخ الفضولي
كما لا ينفع رضاه سيما اذا كان احد الطرفين لنفسه وكذلك لا اثر لتقابل المتعاقدين فاصل
هل يصح بيع مال فيه الزكوة ام لا تحقيق الكلام يتوقف على رسم مواضع الاول فيما
يجب الزكوة في عينه وجنسه كالغلات والنقدين اختلفوا فيه على اقوال الاول الصحة مطلقا
الثاني الفساد مطلقا الثالث الصحة مع الضمان اي عزمه على الاداء من غيره والفساد مع عدمه
الرابع كونه مراعى بالاداء فيصح والا ففاسد الخامس هذا مع زيادة تكليفه بالاداء واجباره
عليه فان اداه صح والا فيكون فاسدا والفرق بينه وبين ما تقدم انه فيما تقدم يصير البيع
فاسدا بمجرد امتناعه من الاداء بخلاف ما نحن فيه فانه بمجرده لا يكفي في الفساد بل يكلف بالاداء فان
لم يحصل يصير فاسدا بطل خيار الاشتراط السادس الصحة من الفقراء لو وافق مصلحتهم من دون حاجة

الى

والحق

الى اجازتهم وتحقيق الحق فيها يتوقف على بيان ان تعلق حق الزكوة باي نحو من انحاء الحقوق
ان تعلقها في الامور المذكورة بالعين على نحو الاشاعة فيكون الفقراء شريكا للاغنياء فقط هذا
يكون البيع من المالك فاسدا ومن الفقراء صحيحا لا هلية فان اجازه ولي او وليهم يصير صحيحا
تاما والا فلا اما الاول فلانه المستفاد من ظواهر الادلة من قولهم فيما سقت السماء عشر وشركة
الفقراء مع الاغنياء واما الثاني فواضح وعليه القول الاول تعلقه بالذمة كزكوة الفطرة
او كونه كتعلق حق ارش الجناية فكما ان بيع السيد العبد او عتقه التزام بالفداء كذا فيما نحن فيه
التزام بادائه من الخارج وعليه القول الثاني فساد الفضولي وعليه القول الرابع تعلقه كتعلق حق الرهن
فكما ان فيه يكون الاستيفاء من العين مراعى بعدم اداء المديون الدين من الخارج فكذا هنا
يكون الفساد موقوفا على عدم اداء الزكوة من الخارج وعليه القول السادس كما ذكره القائل
به الجرح والبسط والجواب عن الكل في غاية الوضوح
واما القول الخامس فلم نجد
له دليلا

الفرع في الخيار

مسئلة في الخيارات وهي اربعة عشر قسما اول تنقيح الكلام يستدعي رسم مقامين
في تعريف الخيار اعلم ان له معنيان لغوي واصطلاحي اما معناه لغة فالخيار في اللغة هي التخير في
ترجيح احد الطرفين واما في الاصطلاح فقد عرفه بعض المتاخرين بانه ما يلحق العقد اللازم برضاء
احد الطرفين باصل الشرع فخرج بالعقد ما يلحق الايقاع كحق الرجوع الذي يلحق الطلاق فانه ليس خيارا
اصطلاحا وباللازم ما يلحق الجائز من جواز فسخه فانه لا يسمى خيارا وبرضاء احد الطرفين
خرج الاقالة اذ لا يكفي فيها الا برضاء الطرفين وليست بخيار وورد عليه بايرادات الاول ان
الظ من اللحوق هو تاخر اللاحق عن الملحوق به مع انه لا يكون الا تاخر الخيار عن العقد وبيانه اوله
والا لا خلاف الظ من اللحوق وعلى الثاني يلزم خروج الخيارات المتصلة كخيار المجلس وخيار
الحيوان من تعريف الخيار الثاني ان المراد من العقد اللازم اما ان يكون هو العقد الذي كان
في الخارج لازما او عقدا كان داخلا تحت الاطلاقات والعمومات وان كان خارجا بدليل اخر
فان كان الاول يلزم خروج مثل خيار المجلس عن التعريف لان العقد قبل افتراق المتعاقدين
لا يكون لازما في الخارج فلا يصدق على خيار المجلس انه يلحق بالعقد اللازم الخارجي
وان كان الثاني يلزم دخول ما يلحق العقود الجائزة من جواز فسخها في تعريف الخيار لان
العقود الجائزة كما عرفت ايضا داخلة تحت الاطلاقات والعمومات غاية الامر ان دليل الاخر قد
دل على جوازها وفيه نظر لانا نختار الشق الاول ونقول ان المراد ان يكون مقتضي اللزوم
موجودا في هذا العقد الخارجي فالبيع في الخارج يكون مقتضي اللزوم فيه موجودا فيصدق
على الخيار الملحق به انه يلحق العقد الذي يكون مقتضي اللزوم موجودا فيه ولا يرد النقض
ح بما يلحق العقود الجائزة اذ ليس فيها مقتضي اللزوم اصلا فتامل الثالث ان الظ من التعريف
اشتراط رضا احد الطرفين في تحقق الخيار وليس كذلك لان الخيار ثابت وان لم يكن واحد
منهما راضيا فان خيار المجلس ثابت للمتعاقدين وان لم يكونا راضيين به نعم رضا احدهما
شرط في تحقق الفسخ لا يتحقق الا برضا احدهما وهو غير الخيار فظهر ان منشاء الغفلة هو

خلط

هو الخلط بين الخيار والفسخ الرابع انه الظاهر من احد الطرفين هو المتعاقدين فعلى هذا يلزم
خروج الخيار لو جعل لغيرهما اي الاجنبي عن التعريف مع انه خيار اصطلاحا فالاولى ان يعرف
بانه حق الفسخ الثابت لاحد المتعاقدين او كليهما او لغيرهما في مدة معلومة فيتناول الحق
خرج الجواز في العقود الجائزة لانه ليس بحق اذ الحق هو ما يجوز اسقاطه ومصالحته والانه
ولا يكون الجواز في العقود الجائزة قابلا لها وبقيد الفسخ خرج الطلاق اذ هو ليس بفسخ والا لم
يكن للزوجة بعد طلاقها شيء من المهر على انه ليس للبائع شيء من مال المشتري والا لزم من البيع لو
فسخ البيع لان الفسخ يوجب ارتفاع اثر العقد بالمرة فيكون العقد بعد الفسخ كانه لم يقع ومما
يؤيد عدم كون الطلاق فسخا ما قالوا من ان استرداد نصف المهر عن المراة بعد طلاقها
قبل الدخول انما ثبت بالدليل لا على مقتضي القاعدة فلو كان الطلاق فسخا لكان استرداد النصف
على مقتضي القاعدة وعدم استرداده النصف الاخر على خلاف مقتضاها فتدبر ثم ان حق
الرجوع الذي يثبت للزوج بعد الطلاق هل يكون داخلا في تعريف الخيار ام لا والتحقيق انه
خارج عنه لان الحق ان الرجوع يوجب حل الوطي ويثبت ثانيا في احكام الزوجية بجعل الشارع
كالنكاح لا انه كاشف عن عدم تاثير الطلاق راسا وانه فسخ اثر الطلاق من حين الرجوع
~~يوجب حل الوطي ويثبت ثانيا في احكام الزوجية بجعل الشارع كالنكاح لا انه كاشف عن عدم تاثير~~
الطلاق راسا وانه فسخ اثر الطلاق كما ذهب الى كل منهما طائفة ثم هو داخل فيه على هذين القولين
وبقيد احد المتعاقدين دخل الخيار الثابت فقط وبكليهما دخل الثابت لهما في جميع الازمان
ثانيه واعلم ان لا احتياج الى هذا القيد لاخراج ما عرفته فيه على صدق الحق على الاقالة الا
كما هو الحق فهي بقيد الحق خارجة عن التعريف فلا حاجة لا ذكرها على الاقوى وكيف كان العمدة

كلام في خيار المجلس

الاول من اقسام الخيارات خيار المجلس توضيح الكلام يستدعي الكلام في موضعين الاول في
بيان ما يدل على مشروعية هذا الخيار اعلم ان الدليل عليها وجوه منها الاجماع بكلا قسميه و
منها الاخبار الكثيرة حد الاستفاضة ومنها البيعان بالخيار ما لم يفترقا وفي بعض النسخ حتى يفترقا

ومنها ما في ذيله فاذا افترقا وجب البيع فان قلت تلك الاخبار معارضة بالخبر المروي عن ابي جعفر عليه السلام
عن ابائه عن علي عليه السلام انه قال اذا صفق الرجل على البيع وجب البيع وان لم يفترقا فهو ظاهر دال على
لزوم البيع ولو قبل الافتراق قلت اخبارنا المزبورة مرجحة عليه لكثرتها ورجحان سندها لما تقدم ولاعتضادها بالشهرة المحققة من الاجماع فلا يجوز رفع اليد عنها فعلينا اما طرح هذا الخبر
او تاويله والاخير مقدم على الاول بالقرينة اذ الجمع مهما امكن اولى من الطرح ويمكن تاويله بان المراد
اشتراطه بقيد اخر بقولنا بعيد او يكون محمولا على التقية والا على لزوم العقد لو افترقا بعده كما هو المتفق عليه
بين الاصحاب وهناك وجوه اخر ذكرها يوجب التطويل بلا طائل **الموضع الثاني** في بيان ما هو المراد
من خيار المجلس وفهمه يحتاج الى معرفة ما هو المراد من الخيار ومن المجلس ومن اضافة الاول الى
الثاني اما المراد من الخيار فقد مر بالتفصيل واما المجلس فمعناه الحقيقي الاولي هو موضع الجلوس
ولا يجوز حمله فيما نحن فيه عليه لمنافاته الاخبار والفتاوى فان مفادها بل مستفاد منها ثبوت الخيار قبل
الافتراق وعليه فلو افترقا من موضع الجلوس مصاحبا احدهما للاخر يكون الخيار ثابتا اذ مقتضاها
انتفاء الخيار بمجرد انتفاء موضع الجلوس فلا بد من حمله على معنى اخر وهو ما يقابل الافتراق وذلك المعنى
اما ان يكون معنى حقيقيا فيكون مشتركا بالمجلس او يكون معنى مجازيا له وكيف كان لا ضير في حمله على
ويمكن حمله على معناه الاولي باعتبار ان غالب ما يثبت الخيار انما هو في موضع الجلوس واما اضافة الخيار
الى المجلس فيحتمل ان يكون من قبيل اضافة الحال الى المحل او من قبيل اضافة المسبب الى سببه لو قلنا بان
المجلس سبب للخيار اذا عرفت ذلك فاعلم ان توضيح المطلب يستدعي التكلم في مباحث ثلاثة الاولى في انه
هل الخيار المزبور مختص بالبيع او يجري في غيره من العقود اللازمة والجائزة والحق هو الاول فلنا
الاول عدم جريان الخيار في العقود الجائزة ولنا على ذلك وجوه من الادلة الاول الاصل فان
ان الخيار خلاف الاصل فثبوته يحتاج الى الدليل ولا دليل على ثبوته فيها الثاني عدم تعقل ثبوت
الخيار فيها فان الخيار على ما عرفته سابقا هو ما لولاه لكان العقد لازما من هذه الجهة وليس
كذلك في العقود الجائزة الثالث الاجماع فان قلت كيف يدعى الاجماع على عدم ثبوت خيار المجلس في
العقود ولكن

ولنا على ذلك وجوه من الادلة الاول الاصل حرره ان الخيار خلاف الاصل فثبوته محتاج الى
الدليل ولا دليل على ثبوته واما الثاني عدم تعقل الخيار فيها فان الخيار على ما عرفته سابقا
هو ما لولاه كان العقد لازما من هذه الجهة وليس الامر كذلك في العقود الجائزة الثالث الاجماع
فان قلت كيف يدعى الاجماع على عدم ثبوت خيار المجلس في العقود الجائزة مع ان العلامة ادعى ثبوته
في الوكالة قلت اورد واعليه بان المراد من الخيار الذي اثبته فيها ان كان مجرد جواز الفسخ ولو
مجازا فلا كلام مع ان الخيار ولهذا المعنى ليس مختصا بالمجلس بل هو ثابت بعد الافتراق وان
كان المراد منه هو الخيار المصطلح فلا معنى له الثاني عدم ثبوته في العقود اللازمة سوى البيع
لنا على ذلك وجوه ايضا الاول الاصل بتقريب ما مر الثاني الاصل الثانوي بتقريب ان القاعدة
المستفادة من الاية الشريفة هو لزوم العقد مطلقا ولو في المجلس خرج عنها البيع بالادلة وبقي
الباقي تحتها الثالث قوله البيعان بالخيار ما لم يفترقا بتقريب ان المعصوم علق الحكم وهو ثبوت
الخيار على الوصف وهو مشعر بكون البيع علة لثبوته بحيث لا بيع لا خيار وهو المطلوب الرابع
الاجماع لو تواتر الاجماع المدعى موهون بمصير الشيخ الى خلافه حيث حكم بثبوت خيار المجلس في الصلح
لانا نقول حكمه فيها انما يكون لزعمه اتحاد البيع معها كما هو احد الاقوال في المسألة او من باب
تجويزه ثبوته في سائر العقود اللازمة وتفصيل الكلام في هذا المقام انا اما ان نقول بكون كل
واحد من البيع والمصالحة عقدا مستقلا او كونهما متحدا وعلى الاول كما هو الاظهر الاقوى فلو
تلفظ المتعاقدان بلفظ البيع ثم لا ريب في ثبوت خيار المجلس لهما للادلة الماضية ولو تلفظا
بالمصالحة فان افترقا بقرينة دالة على ان المراد منها البيع ثم لا شبهة في ثبوته لهما فان خصوصية لفظ
البيع لا مدخلية لها في تحقق الخيار بل المعتبر هو تحقق مدلول البيع وان كان من غير لفظه كما هو
المستفاد من الادلة واما لو تلفظا بها من دون اقترانها بالقرينة المزبورة فلم يتحقق لهما الخيار
المزبور لوجوه ثلثة الاول اصالة عدم تاثير الفسخ الثاني ان الظاهر من اللفظ هو وقوع ا

المصالحة والمزروض انها غير البيع وقد عرفت عدم ثبوت الخيار في غيره الثالث استصحاب الامر
المحل بتقريب ان بعد وقوع المصالحة يحصل ملكية المصالح عليه لا في الجملة بمعنى ان المقصود من اللفظ
ان كان ظاهره اعني المصالحة فيحصل الملكية وان كان المراد خلاف ظاهره فيحصل الملكية ايضا
وبعد الفسخ نشك في ارتفاع الملكية المزبورة فنستصحب فتامل ودعوى ان العلة في جعل الشارع
الخيار للبيع هو التوسعة للمتبايعين حتى لو كان احدهما او كلاهما في غفلة عن ذكر شيء في متن العقد
موجب لزكر الفرو عليه ثم لا يقبل الاخر لكان له فسخ العقد خروجا عن لزوم الضرر وتلك العلة بعينها
موجودة في سائر العقود فيحكم بثبوته فيها فاسدة اذ العلة التي ادعاها ان كان بنص الشارع عليها
فالمناقشة فيها واضحة وان كان المراد ان الموارد المزبورة استنبطها من النصوص فان كان ذلك على
سبيل العلم فلا ريب بانها حجة له فقط وقطعه ليس بحجة لنا وان كان المراد انه استنبطها منها على
سبيل الظن ففيه ان حجية مثل العلة المظنونة محل ريب ومثبتة **الجهة الثانية** في انه بعد
ثبوت اختصاص الخيار المزبور بالبيع فقط هل ثابت في جميع انواعه وافراده او مختص ببعضها
والتحقيق يقتضي الاول بان البيع اما لازم او جائز كالمعاطاة على القول بكونها بيعا جائزا
وعلى الاول فاما ان يكون البيع احد العقدين او جزء كما سيجيء الكلام في الاول وعلى الثاني
فاما ان يكون المتبايعان هما المالكين او الفضوليين او احدهما مالكا والاخر فضوليا وعلى الاول
لا ريب في ثبوت الخيار في المبيع وعلى الاخيرين فاما ان نقول بان الاجازة كاشفة او ناقلة
فعلينا التكلم في كل واحد من تلك الاقسام اما اذا كان المتبايعان كلاهما فضوليين وقلنا بكون
الاجازة كاشفة فلا يخلو اما ان يكون المالكان حاضرين في مجلس العقد ام لا وعلى التقديرين اما
ان يجيزا العقد او يرداه وعلى التقديرين فاما ان تكون الاجازة او الرد صادرا قبل فسخ الفضوليين
ام لا فهذه اقسام ثمانية اما اذا كان المالكان حاضرين في مجلس عقد الفضوليين واجازا فيه فالا
قوى ح ثبوت الخيار المزبور لكل من الفضوليين والمالكين اما ثبوته للمالكين فلصدق قوله
البيعان

البيعان عليهما عرفا بعد اجازتهما العقد واما ثبوته للفضوليين فلتحقق النقل والانتقال بعقدهما
اذ المفروض ان الاجازة كاشفة فهي تكشف عن تحقق النقل من حين العقد واذا كان تحقق النقل
والانتقال بعقدهما يصدق قوله البيعان عليهما ايضا هذا اذا لم تكن الاجازة مسبوقة بفسخ الفضوليين
واما لو كانت كذلك فليس ح خيار للمالكين اذ الاجازة منهما كاشفة عن كون العقد صحيحا اولا وبعد صحته
يثبت الخيار للفضوليين لما مر والمفروض انهما فسخاه وبعد الفسخ لا يبقى عقد حتى يثبت للمالكين خيار
فيه هذا كله اذا كانت الاجازة في المجلس واذا كانت بعد افتراقهم عنه فان كانت قبل فسخ الفضوليين
فليس الخيار ح لاحدهما اذ المفروض افتراقهم اجمع عن مجلس البيع واجتماعهم في مجلس الاجازة لا يكفي
في ثبوت الخيار وان صدق البيعان على المالكين لان المتبادر من الخبر ما لم يفترقا عن مجلس البيع لا
الاعم منه ومن مجلس الاجازة كما يشهد به الطبع السليم فيكون البيع صحيحا ولازما وان كانت بعد
فسخهما في المجلس فلم يكن للمالكين ح خيار لانتفاء العقد الذي هو مورد الخيار ووجه العقد
ما عرفته من ان الاجازة كاشفة عن وقوع العقد صحيحا فاثر فيه الفسخ الثابت للفضوليين لما مر
فلم يبق عقد هذا فيما اذا اجاز المالكان عقد الفضوليين واما اذا رداه فان كان الرد في المجلس وقبل
الفسخ الفضوليين عقدهما فلا ريب في عدم ثبوت الخيار لاحد منهم لان الرد كاشف عن عدم صحة
العقد اولا فلا عقد ح حتى يثبت فيه الخيار وان كان فيه وبعد فسخهما اياه فعدم ثبوت الخيار ح
اولا وان كان الرد بعد افتراقهم عن المجلس سواء كان قبل فسخ الفضوليين او بعده فلا خيار لاحد منهم
لعين ما عرفت هذا كله على تقدير كون الاجازة كاشفة واما لو قلنا بانها ناقلة فاذا اجاز المالكان
عقد الفضوليين في المجلس اذ تاثير الفسخ يتوقف على وقوع العقد وليس هو بواقع لان المفروض
ان قبل الاجازة فقبلها لا بيع حتى يؤثر الفسخ ووجه ثبوت الخيار للمالكين هو ان بعد الاجازة
يصدق البيعان عليهما هذا تمام الكلام بالنسبة الى المالكين واما الفضوليان فيحتمل ان نقول بثبوت
الخيار لهما ايضا ويحتمل عدم ثبوته لهما وجه الاول تحقق اهلية العقد للصحة بفعلهما فله فسخه ولو

من جهة التاهل و وجه العدم عدم ثبوت حق دعيه فمع تجدد تاهل العقود الاجنبي هو الاقوى لان بعد
ابتاعهما العقد يكون العقد متاهلا للصحة فتشك في ارتفاع الاهلية فتستصحبها استصحابا
مستلزم لعدم ثبوت الخيار لهما فان قلت الاستصحاب معارض بدليل وارد عليه و هو قوله ع
البيعان بالخيار حتى يفترقا صدق البيعان على الفضولي قلت الظاهر من الخبر ثبوت خيار المجلس بعد تحقق النقل
والانتقال وقبل اجازة المالكين لا تحقق لهما بالفرض فلا ثبوت للخيار الفضوليين و لو من حيث
الكلام صدق البيعان عليه بعد اجازتهما فيجي الجواب عنه في الصورة الاتية فان قلت لا معنى لا
ستصحاب الاهلية اذ الاهلية ليس امرا محققا في الخارج حتى يجوز استصحابها قلت هذا الايراد
انما نشاء من قلة التدبر في المعنى فان دليلهم على اجراء الاستصحاب فيها الاتري انهم يحكمون بصحة
الوصية و لو ردها الموصى له قبلها قبل وفات الموصى ولا وجه لها الا الاستصحاب للاهلية و ان
اجازاه قبل فسخ الفضوليين فيحكم ايضا بثبوت الخيار للمالكين و عدم ثبوته للفضوليين لما
عرفت في الصورة السابقة فان قلت بعد اجازة المالكين مع عدم فسخ الفضوليين يصدق
البيعان عليهما فليكن الخيار ثابتا لهما قلت المتبادر من قوله البيعان هو ثبوت الخيار للناقلين و لا
نقل بالنسبة الى الفضوليين لان الشيء اذا كان يستند في وجوده الى العلة التامة او الجزء الاخير
منها او الجزء الاخير منها هو اجازة المالكين فالخيار مستند اليهما من ثابت لهما بخلاف ما لو قلنا
بكاشفية الاجازة والنتائج يستند الى العقد الذي صدر من الفضوليين فيثبت الخيار لهما ايضا
اما لو كانت الاجازة مع كونها ناقلة بعد التفرق من المجلس سواء كانت قبل فسخ الفضوليين او بعد
فلا خيار لا للمالكين و لا للفضوليين اما الاول فلافتراقهما عن مجلس العقد كما هو الظاهر من
الخبر واما الثاني فلعدم ثبوته لهما في مجلس العقد لما عرفت ففي غيره اولى واما اذا رد عقد
الفضوليين سواء كان في المجلس او غيره وسواء كان قبل فسخ الفضوليين او بعده فلا خيار
بالمرة لبطلان العقد و لا معنى للخيار بعده و هل البطلان يستند الى رد المالكين او فسخ

الفضولي

الفضوليين فيحكم بثبوت الخيار للمالكين و عدم ثبوته لو كان الرد بعده الاقرب الاول لما
عرفت من عدم تاثير فسخهما هذا كله في صورة اتحاد المتبايعين اما لو اختلفا بان يكون احدهما
فضوليا والاخر مالكا فمقتضى الاستدلال على ثبوت الخيار بالنسبة الى المالك وعدمه بالنسبة الى
الفضولي واستدل بتمامية البيع من جانبه فيثبت له الخيار و عدم تماميته من جانب الاخر فلا
خيار له وقال لا يخفى ان تمامية البيع معناه تحقق النقل والانتقال و هما قابلين للتبعيض فتحقق
النقل من جانب المالك يستلزم تحققه من قبل الفضولي فيحكم بثبوت الخيار له لانه لو قيل الا
بتمامية البيع من جانب المالك لزومه من جانبه لا تحقق النقل والانتقال ولزوم البيع من جانب
المالك قبل الخيار دون الفضولي فليس له ولا يخفى ان فيما ذكره نظر يظهر وجهه بادنى تامل فتامل
واما الكلام في ثبوت خيار المجلس في المعاطاة فتنقيحه يقتضى ان يقال ان الاقوال في المعاطاة
مختلفة قول بانها معاوضة مستقلة لا مدخلية لها في البيع و بناء عليه ولا ريب في عدم
ثبوت الخيار المزبور فيها و كذا على القول بكونها اباحة لها في البيع و بناء على الوجوب في
عدم ثبوت الخيار كما انه لا شبهة في ثبوته فيها لو قلنا انها بيع لازم كما هو احد الاقوال في المسئلة
و وجه كل من الحكمين واضح وقول بانها بيع جائز و عليه فيشكل الامر في ثبوته فيه و عدمه فذهب
بعض الى الثاني واستدل بوجهين الاول ان فائدة جعل خيار المجلس ليس الا تسلط كل واحد
من المتبايعين على عدم العقد لو اراد ذلك الفائدة ثابتة في المعاطاة دائما لان المفروض جوازها
فجعل الخيار خال عن الفائدة فلم يكن محكوما في فيها والا يلزم السفه والعبث فان قلت تظهر الفائدة
فيما اذا تلف الثمن والمثمن في المجلس فانه لو قلنا بعدم ثبوت الخيار فيهما فلا نحكم بجواز الفسخ لهما حينئذ
تلك المعاطاة تصير لازمة بالتلف وبعد لزومها نقول فيهما ولكنه خارج عما نحن فيه اذ النزاع
في ثبوته في المعاطاة مادام كونها جائزة وبعد لزومها يكون كساير البيوع اللازمة و لا خلاف
في ثبوته فيها ثم لا يخفى ان في هذا الاستدلال نظرا اذ الثمرة تظهر فيما اذا مات احد المتبايعين او كليهما

في المجلس فان قلنا بثبوته فيهما فنحكم بثبوته لورثتهما بعد موتهما او وارث احدهما لو فرض موته فقط
و وجه الثبوت للورثة ما عرفت من ان الخيار حق و يورث الوارث ولا يخفى ان هذا الحكم اي ثبوت
الخيار للوارث بعد موت المورث مبني على ما هو المختار من ان المعتبر في التفرق تفرق الابدان
لا الارواح و الا لم يكن الخيار ثابتا للوارث وان قلنا بثبوته للمورث لحصول الافتراق المسقط له
وان قلنا بعدم ثبوته فيها فنحكم بلزوم العقد و عدم الخيار للورثة فان قلت ما ذكرته
لا يصلح لكونه ثمرة لان المعاطاة بالموت تصير لازمة وبعد لزومها لا ريب في ثبوت الخيار فيهما
فالخيار الثابت للوارث الا من جهة لزوم العقد لا من جهة انتقاله عن المورث اليه قلت لا اوان
ثبوت خيار المجلس للوارث لا من جهة انتقاله عن المورث اذ لا يصدق البيعان الخ على الوارث
عرفا حتى يثبت الخيار له من هذه الجهة واذا كان الامر كذلك فلو قلنا بثبوته للمورث نحكم
بثبوته للوارث مادام بقاء المجلس والا فلا وهذه ثمرة تامة خالية عن شبهة الفساد الثاني
الثاني من وجهي المستدل ان الظاهر من الخبر اعني البيعان الخ ثبوت الخيار في البيع الذي لولا
الخيار المزبور ثابتا فيه لكان لازما والمعاطاة ليست كذلك لجوازها ولم يكن خيار المجلس ثابتا
فيهما فلا دليل على ثبوته فيها وفيه نظر لاستلزامه عدم ثبوت خيار المجلس في العقد الذي
يثبت فيه خيار اخر فيه مع انهم قد تمسكوا في ثبوت خيار المجلس في البيع المزبور لولا نوع ثان
فيه لكان لازما لا خيار المجلس فقط حتى يرد النقض قلت ظهور ده منه ثم كيف والخبر وارد في
مقام جعل خيار المجلس فقط لا مطلق الخيار حتى يكون ظاهرا فيما ذكروه والحاصل ان الخيار
المزبور ثابت في بيع المعاطاة وان قلنا بكونها جائزة للوجود المقتضي وهو قوله البيعان و فقد
المانع اذ المانع فيما ذكره المانع قد عرفت الجواب عنه فتامل هذا و لنرجع الى ما كنا فيه فنقول
اما اذا كان المبيع بالبيع اللازم احد العمودين ففي ثبوت الخيار في هذا البيع و عدمه احتمالات
ثالثها بثبوته للبائع فقط مطلقا وعدم ثبوته للمشتري ورابعها بثبوته لمن كان جاهلا بكون

البيع

يكون المبيع احد العمودين سواء كان الجاهل هو المشتري او البائع او كليهما و عدم ثبوته للعالم
كذلك يتضح الكلام في هذا المقام يستدعي التكلم في موضعين الاول في تحقيق ما هو المختار
من ثبوت الخيار وعدمه و توضيحه يتوقف على بيان ادلة كل واحد من الاحتمالات فنقول
استدل القائل بالاحتمال الاول اعني عدم ثبوته فيه مطلقا بوجوه منها عدم بقاء المورد للخيار
اذ بمجرد وقوع البيع على احد العمودين يصير حرا و بعد صيرورته حرا كيف يثبت الخيار وفيه اولا
منقوض بما اذا تلف المبيع في المجلس قبل تفرق المشتري فيه فان مقتضى الاستدلال المزبور عدم
ثبوت الخيار ح مع انهم حكموا بثبوته فيه فللمشتري فسخ العقد والرجوع الى الثمن و للبائع ايضا
الفسخ والرجوع الى مثل المبيع او قيمته فان قلت فرق بين المقامين و هو ان في المقيس عليه
يمكن الحكم بثبوت الخيار تمسكا بالاستصحاب بتقريب ان بعد وقوع العقد في المقيس عليه كان
خيار المجلس ثابتا وبعد تلف المبيع نشك في بقاء ثبوته اولا حتى يجوز استصحابه بعد الشك في ارتفاعه
و عدمه وجه عدم ثبوته فيه عدم المورد له لما عرفت قلت الاستصحاب دليل حيث لا دليل
وارد عليه واستدلال المستدل لو كان تاما في دلالته من دليل عقلي وارد على الاستصحاب
وثانيا انه لو قلنا بتوقف النقل والانتقال على مضي زمان الخيار كما هو احد الاقوال في المسئلة
و هو مذهب الشيخ ره على ما حكي عنه فلا اشكال في الحكم بثبوت الخيار اذ بناء عليه لا يتحقق
النقل في مجلس العقد وحيث لا نقل لا عتق اذ لا عتق الا في ملك وحيث لا عتق فلا مانع من
ثبوت الخيار فان قلت وحيث لا نقل لا خيار اذ هو ثابت بعد تحقق النقل والانتقال لا
قبل قلت القائل بهذا القول لا بد ان يجاب عن هذا الايراد بثبوت الخيار بالنسبة الى تمام
العقد فانه قبل مضي زمان الخيار متاهل للصحة فللعاقد فسخ اهليته و لو قلنا بتحقق النقل والا
نتقال من حين العقد لكن مشروطا بمضي زمان الخيار و مع عدم فسخه فيه بمعنى ان نقول
ومضي زمان الخيار مع عدم فسخ العاقد فيه كاشف عن تحقق النقل والانتقال من حين العقد

كما صعنى ب الى الشيخ ايضا فحكم ح ايضا بثبوت الخيار لا بالنسبة الى الثلث والا مثال حتى يرد منا
ذكره المورد ولو قلنا بحققه من حين العقد مطلقا كما هو المشهور المنصور فيحكم بثبوت الخيار
المزبور ايضا لوجود المقتضى للخيار وهو البيع وفقدان المانع اذ غاية ما يتصور كونه
مانعا استلزام الخيار امر اخر المنوع عند شرعا وفلك الاستلزام ممنوع لجواز الحكم بثبوت
الخيار للبائع مثلا ورجوعه الى المشترى بمثل المبيع او قيمته لا المبيع نفسه حتى يمنع المانع ومنها
ان بناء العتق على التغليب بمعنى انا تتبعنا وجدنا ابناء الشارع على تنفيذ العتق لو تعارض مع
غيره في اغلب الموارد ويحمل المشكوك على الغالب ومقتضا الحكم بعدم ثبوت الخيار في المسئلة اذ
ثبوته مستلزم للمخالفة لتلك القاعدة وفيه ما عرفته من عدم المنافاة بين العمل بالقاعدة
والحكم بثبوت الخيار في المسئلة بان يحكم برد الرجوع الى المثل او القيمة لا الى المبيع حتى يلزم
المخالفة ومنها ان العلة في جعل خيار المجلس هو تسلط كل واحد من المتبايعين على الرجوع
الى عين ماله وفيما نحن فيه لا يجوز الرجوع الى عبد لصيرورته العين بالعتق في حكم التالف
فتنتفي العلة وانتفائها مستلزم لانتفاء الحكم كما هو مقتضى العلة والمعلول والاصل
هو المطلوب وفيه منع ما ذكره من علة الجعل بل هو حكمة والتفرقة بينهما واضحة ومنها انه
لا دليل على جواز الخيار الا الاطلاق نحو البيعان الخ والاطلاق وارد مورد حكم اخر لا المعصوم
قد اراد افادة ان خيار المجلس ثابت في البيع ولا يبحث بهذا الامر في الجملة ولم يكن
المعصوم بصدد بيان ان اى من افراد البيع يكون فيه الخيار واى منها لا يكون فيه
حتى يمكن الاستدلال فيما نحن فيه فلا دليل على ثبوت الخيار فيه وفيه اولا ان هذا الاستدلال
مناف لدليله فان مبناه على تسليم وجود المقتضى غاية الامر انه ادعى فيه وجود المانع ايضا
ومبنى هذا الاستدلال على نفي المقتضى وبينهما بون بعيد فتم وثانيا ان مراد المستدل يحتمل
ان يكون ذا امرين الاول منع اطلاق الخبر بالمرة والثاني تسليم تحققه ومع انصرافه
بالنسبة

بالنسبة الى ما نحن فيه لكونه فردا نادرا وكل واحد منهما باطل كما لا يخفى وعلى ما ذكرناه من
الايرادات على الادلة الدالة على عدم ثبوت الخيار في المسئلة فالاقوى ثبوته فيها لوجود المقتضى
وفقدان المانع بالتقريب الذى عرفته فالاحتمال الثاني اقوى ويمكن الاستدلال للاحتمال
الثالث اعنى ثبوته للبائع مطلقا وعدمه للمشترى كذلك اما الجزء الاول فبما ذكرناه
من الدليل على قوة الاحتمال الثاني والجزء الثاني منه بما ذكره المستدل للاحتمال الاول ولا
يضعف هذا الاحتمال لكون الجزء الاول منه ضعيفا بما ذكرناه ورد على المستدل المذكور مع انه لا
للتفكيك بينهما بجعل الخيار للاول دون الثاني واستدل لاحتمال الرابع ووجهين الاول انه
فرق بين بيع العمودين وبين العبد وعتقه في المجلس فكما انهم حكموا بالاتفاق بانتفاء الخيار
في المسئلة الثانية فيحكم بانتفائه في المسئلة الاولى لعدم التفرقة بينهما وفيه اولا انه قياس ولا
يجوز التمسك به وثانيا انه قياس مع الفارق والتفرقة بين المقيس والمقيس عليه من وجهين
الاول تحقق الاتفاق في الثاني دون الاول كما اعترف به الخصم الثاني ان عتق العبد تصرف منه
والتصرف موجب للزوم العقد وهو التصرف فيه وذلك هو السبب المنتفى في المقيس اذ عتق العمودين
او احدهما ليس ناشيا من اعتاق المشترى اياهما حتى يصدق تصرفه فيهما فاوجب للزوم
العقد بل هو امر شرعى يترتب قهرا على البيع لو كان المبيع احدهما الثاني ان بيع احد العمودين
كاشف عن رضاء العاقد بلزوم العقد والرضاء به بمنزلة ان يسقط خياره الثابت له كما
انه ينتفى الخيار بالنسبة الى من اسقطه فكذلك ينتفى بالنسبة الى من هو بمنزلة مسقط الخيار وفيه
اولا منع كون الرضا بلزوم العقد بمنزلة اسقاط الخيار كيف لا مع ان العاقد لو كان راضيا
حين العقد او بعده بلزومه ثم ندم قبل الافتراق فله الخيار قطعا فلو كان مجرد الرضا
باللزوم مسقطا للخيار لما حكموا بثبوته في المفروض وثانيا انه قياس فلا وجه للتمسك به
فظهر بطلان الاحتمالات كلها الا الثاني منها فتامل الموضع الثاني بعد اثبات الخيار في البيع

ولو كان المبيع احد العمودين فهل يكون الحكم بعد فسخ البيع المزبور واسترقاق المبيع او الرجوع الى المثل
او القيمة وقد ظهر الكلام فيه في الموضع الاول فلا حاجة الى الاطناب الكلام فيه **الجهة الثالثة**
في ان المتعاقدان لو كانا غير مالكين كالوكيلين فهل يكون الخيار للاولين او الثانيين او كليهما
او ليس لاحد منهما وتحقيق الحق يتوقف على رسم امور ثلثة الاول في بيان الاقوال والمناسب ذكرها قبل
الشروع في بياننا لكن يتضح الحال وهو ان العقد الذى يقع في الخارج اما ان يكون صادرا من
البائع او المشترى اللذين ليس احد منهما مالكا للثمن واما ان يكون صادرا من البائع والمشترى
عن مختلفين بان يكون احدهما مالكا والاخر غير مالك والاول ينقسم على قسمين لان المالكان
اما بوكالات غيرهما في العقد وعدمه بمعنى انهما يجعلان خيار المجلس للوكيل واما بيعيانه لا بنفسهما
والاول على اقسام ثلثة لان المتبايعين اللذين لا يكونان مالكين اما ان يكون بيعهما باذن
الشارع او باذن المالك ولا باذنهما فان كان باذن الشارع كما اذا صدر البيع من الولى فينقسم
قبل ايضا اقساما لان الولى اما ان يجعل الخيار للوكيل او لنفسه وان كان باذن المالك فله
ثم ان المالك اما ان يكون بجواز تدخله في البيع او بتوكيله اياه فيه والتمييز بين الحكمين لقسمين الاخرين
تظهر فيما اذا رد الماذون في البيع او لا ثم قبل وباع منه فان كان المالك قد وكله فيكون بيعه فضوليا
لوقوعه بعد الرد ثم القبول لفساده ولا بخلاف ما لو اذنه فان الرد لا يوجب انتفاء الاذن فله القبول
وعلى الاخير اى كون المتبايعين هما الوكيلان فاما ان يكون وكيلين بالوكالة المطلقة اى في وقوع
العقد وخيار الصلح وغيرهما او بالوكالة الخاصة اى يكون وكيلا في مجرد اجراء الصيغة وعلى
الاول فاما ان نقول بصحة التوكيل فيما لم يكن ملكا للموكل كخيار المجلس الذى لم يكن ثابتا
للمالك قبل وقوع العقد او نقول بفساده وعلى الفساد فاما ان يكون الوكيل وكيلا اصليا بمعنى
يكون موكله المالك نفسه او وكيل فرع بان يكون موكله وكيل المالك لا نفسه هذا كله فيما
اذا كان المتبايعان غير المالكان او الماذونين منهما او من الشارع وان لم يكن كذلك بان كانا
فضوليين

فضوليين فاما ان يجعل المالكان بعد اجازتهما عقدهما خيار المجلس لاجنبي او يبقيانه لا لنفسهما
وان كان المتبايعان مختلفين فله ايضا اقسام لانه اذا كان البائع فضوليا فالمشترى اما المالك
لنفسه او ولي له او وكيل باقسامه المزبورة او ماذون وكذا العكس وان كان البائع
وكيلا فالمشترى ايضا اما مالك او ولي او ماذون او فضولي وكذا العكس وان كان البائع
وليا فالمشترى اما مالك او ولي الخ الاقسام وان كان مالكا فهو اما ولي او وكيل او فضولي
كذا العكس فالاقسام الاولية هي العشرة الحاصلة من ضروب الخمسة في مثلها الذى هو المالك
او الولي او الوكيل والماذون والفضولي بعد اسقاط المكررات التى هي العشرة والثلثة التى
هي العشرة فتدبر اذا عرفت هذا الامر فنقول انه لا خلاف في ثبوت الخيار للمالكين او الوليين
كذلك والماذونين والفضوليين ويحتمل ان يقال بعدم ثبوته مطلقا اى لا للمالك اذا لم يكن عاقدا
ولا لغيره ويحتمل ان يقال بثبوته للمتعاقدين فقط سواء كانا هما المالكان وغيرهما ويحتمل
ان يقال بثبوته للمالكين فقط سواء كانا متعاقدين ام لا ويحتمل القول بثبوته للناقلين
اى لمن صدق عليه الناقل مطلقا سواء كان هو المالكان فقط او غيرهما ويحتمل التفصيل بين
الولى والوكيل بالقول بثبوته للاول فقط اى دون الصغير وبعدم ثبوته للثاني ويحتمل
تفصيل اخر وهو التفصيل بين الوكيل المطلق وغيره فالحكم بعدم ثبوته في الثاني وبثبوته للاول
لو قلنا بصحة تلك الوكالة والا فلا الامر الثاني في بيان ثمرة النزاع اعلم ان الثمرة بين القولين
الاولين واضحة كوضوحها في الاخيرين واما ان قلنا بالثالث فلا خيار للمالكين لو لم يكونا
متعاقدين وكذا الوليين وان قلنا بالرابع فلا خيار للوكيلين والماذونين والفضوليين و
الوليين وان قلنا بالخامس فلحكم ايضا بعدم الخيار للوكيل الخاص والماذون والفضولي
ان قلنا بان الاجازة كاشفة لعدم صدق الناقل عليهم وفيه نظر الامر الثالث في الاستدلال
على كل واحد من الاحتمالات وترجيح المختار والايراد على غيره وتحقيقه يستدعي رسم امور ثلثة

الاول في بيان المعاني المتصورة في قوله البيّعان بالخيار ما لم يفترقا وهي كثيرة الاول ان يكون المراد من
قوله البيعان هو المتعاقدان مطلقا فاذن يكون دليلا للقول الثالث فقط دون غيره الثاني
ان يكون المراد من قوله المتعاقدان لا مطلقا بل مالكين او وكيلين خاصين الثالث هو الثاني
مع اخراج الفضولي الذي كان داخلا فيه عند الرابع ان يكون المراد هو المالكين المتبايعين بكونهما
متعاقدين الخامس هو الرابع باسقاط القيد عنه حتى يشمل المالكان مطلقا سواء كانا متعاقدين
ام لا فان كان الثاني فالمناط افتراقهما بنفسهما او بتصرف المتعاقدين وان كان الاخير فيلزم ان لا
يتخلل في ضمير قوله ما لم يفترقا فرق اذ المراد من قوله البيعان هو المالكان ومن ضمير الراجع
اليه هو المتعاقدان اللذان هو غيرهما السادس هو الخامس بزيادة من في حكمهما اى المالكان ومن
في حكمهما كالوليين السابع هو السادس بزيادة من كان اسناد الفعل اليه قويا فيشمل الوكيل
المطلق الثامن الناقلان مطلقا ولا يخفى ان مرجع هذه الاحتمالات هو الاختلاف في معنى
البيع هل هو العقد الذي فسر البيع به المتعاقدان او النقل وهو الذي فسر بالناقلان او
الانتقال وهو الذي فسر المالكان والحق هو الثاني الامر الثاني في ان البيع بعد ثبوت كونه حقيقة
في النقل فهل هو حقيقة في النقل الصادر ممن باشر العقد مطلقا سواء كان مالكا او وكيلا
او غيرهما او حقيقة في النقل المستند الى سبب تحقق العقد وهو المالك او مشترك لفظي بينهما
او مجاز فيهما او حقيقة في القدر المشترك بينهما ويحتمل التفصيل بين ما اذا كان السبب اقوى
من المباشر او مساويا له وبين ما لو كان المباشر اقوى منه فان كان الاول فيكون البيع حقيقة
في النقل المستند الى السبب ومجازا في النقل المستند الى المباشر وان كان الثاني فيكون بالعكس لكن
القول منحصر في الاحتمالات الاربعة الاول لان اولها وابعدها اقلنا دعوى الاولى في كونه حقيقة
في القدر والمشترك الثاني كونه مجازا في خصوصية كل واحد من النقل المستند الى السبب والمستند
الى المباشر قلنا على الدعوى الاولى لبطلان الاول لما عرفت سابقا من انه حقيقة في مجرد النقل الذي هو

العقد

الذي هو القدر والمشترك بين النقل المستند الى السبب والمستند الى المباشر وهو دليل على
كونه حقيقة فيه الثاني عدم صحة سلب البيع عن النقل ولنا على الثانية صحة سلب البيع عن النقل
المستند الى المالك من حيث انه مالك وعن المستند الى المباشر من حيث انه مباشر كما يصح سلب
الانسان عن زيد مع ملاحظة خصوصياته وذلك دليل على مجازيته فيهما ولكن لا يصح سلبه عن
النقل المستند الى السبب او الى المباشر من حيث وجود الكلى اى مطلق النقل في ضمنه وعلى هذا
التحقيق فالمراد من قوله البيعان هو الناقلان سواء كانا هما المتعاقدان ام لا فيشمل الوكيلين
والفضوليين والماذونين ونحوهما لصدق الناقلين حقيقة بالمعنى الذي عرفته عليهما جميع
فان قلت كيف ادعيت عدم صحة سلب البيع عن النقل المستند الى السبب مع انه يصح قولنا ما باع
الموكلان بل انما باع وكيلهما قلنا دليل على كونه حقيقة في المستند الى المباشر دون السبب قلت
صحة السلب وعدمها انما تلاحظان بالنسبة الى اللفظ حال كونه غير مقيد بقيد اذ قد
قد يصير قرينة على ان المراد هو المعنى المجازي كما في محل النزاع فتامل فان قلت لا بد ان يكون
المراد من الخبر هو الوكيلين لان المعرض الافتراق افتراقهما لو كانا مباشرين للعقد فلو كان
المراد منه هو المالكين ايضا لزم الاستخدام للزوم القول بكون المراد من لفظ قوله البيعان
هو المالكين ومن ضمير يفترقا الراجع اليهما هو الوكيلين لان افتراقهما هو المعتبر لا افتراق المالكين
فيلزم الاستخدام وهو مجاز والاصل والبناء الا بدليل وهو منتف فيما نحن فيه وثانيا منع اعتبار
اعتبار الفراق في افتراق الوكيلين بل المنساق المستفاد من الرواية هو اعتبار افتراق كل من
يكون الخيار له ثابتا وقد اثبتنا ثبوته للمالكين والوكيلين ونحوهما فيكون افتراق كل واحد
منهم معتبرا فلا استخدام لان الضمير فيما لم يفترقا راجع الى قوله البيعان يصدق على المالكين كما صدق
على الوكيلين فان كان المراد منه هو المالكين كان الضمير راجعا اليهما وان كان الوكيلين
كان الضمير راجعا اليهما فان قلت هذا التحقيق مستلزم لاستعمال التثنية في الافراد الاربعة

اذ لو كان الوكيلان حاضرين مع موكليهما انت حكمت بثبوت الخيار لهم اجمع لصدق قوله البيعان
البيعان عليهم جماعة قلت هذا الايراد انما نشاء من قلة التدبر فيما حققناه اذ نحن لم نستعمل
الا في الفردين غاية الامر فيما نحن فيه افراد او بعضه يكون فردان منهما بدلا عن الفردين الاخرين
كما ان الماهر وبايتان الشرطين سبعة مثلا لو اتى بالزائد وعمرو كما انه ايضا مثل لو اتى ببكر
وخالد ولا يلزم من ذلك استعمال لفظ الرجلين في اكثر من فردين فتدبر حتى يتضح لك حقيقة
الحال فان قلت ان الحكم بثبوت الخيار بين للمالكين او الوكيلين لو اجتمعوا في مجلس العقد
خلاف ما هو المعهود من مذهب الفقهاء فان المعهود منهم هو ثبوت الخيار للمالكين فقط
كما عليه او الوكيلين كذلك كما عليه اخرون او العدم مطلقا كما ذهب اليه جميع فالحكم بثبوته لهم اجمع خرق
للاجماع المركب قلت اولا لسنا متفردين في هذا الحكم بل عليه جماعة من الاصحاب ومنهم صاحب الحدائق
والشيخ الاستاد في جواهره على ما حكى عنه والمحكي عن الشهيد ره في المسالك ايضا وعليك بالتامل
في كلامه وثانيا انه يمكن ان يقال ان الاكثرين حكموا بالاحكام التي ذكرها المورد لان نظرهم كما
يستفاد من كلماتهم الى ان قوله البيعان اما ان يصدق على الوكلين فقط او الوكيلين خاصة او
مجملا بالنسبة الى كل واحد منهما لا اجمعوا ولذا حكموا بما حكموا ونحن ايضا موافقون لهم على ذلك
التقدير وثالثا اما بناء على ما حققناه من ان شموله لهم جميعهم بالنحو الذي قررناه فلعلهم
خالفونا لنا بل هم موافقون معنا فلا مخالفة فيما نحن فيه اصلا لانه يتحقق المخالفة في معنى
البيع وقد اثبتنا ما هو المختار **الامر الثالث** في ذكر ادلة كل واحد من الاقوال اما القول الاول
فقد ظهر دليله في الجهة الثانية من الامر الثاني بما لا مزيد عليه وقد عرفت انه المختار من بين
الاقوال ومما يؤيده الاجماع الذي ادعاه في الرياض على ثبوته للوكيلين في الاول لو يثبت الخيار
بالنسبة الى المالكين اليه واذا كان الخيار ثابتا للوكيلين فثبوته للمالكين اولى لان هذا
الحق ثابت في ملكهما فهما به احق واولى فتامل ثم لا يخفى ان هنا اشكال وهو ان الوكيلين لو

اراد

لو ارادا اسقاط حقهما او مصالحة فهل يكون بعد اسقاطهما او المصالحة للمالكين ام لا وكذا لو
لو اراد المالكان باسقاطه او مصالحته ووجه الاشكال انه لو قلنا بثبوت الخيار للمالكين
في الصورة الاولى والوكيلين في الصورة الثانية فهذا مناف للقول بالبدلية اذ مقتضاه
عدم ثبوت الاوليين بعد اختيار الثانيين الفسخ او الاسقاط او المصالحة ولو قلنا بعدم
ثبوته بعد الاسقاط فليشكل فيما اذا تنازع الموكلان مع الوكيلين فاراد الاول الاسقاط
او مصالحته ومنع الثانيان الاسقاط والمصالحة او العكس فاي يرجح يلزم على القائل بهذا القول
ان يقول بان حق مصالحته ثابت لكل منهما على سبيل البدلية فبناء عليه لا يكون صاحب ذا
الحق معلوما ولم يعهد من الشارع انه جعل حقا لاحد من الناس ولم يعينه ولم يعلم ان ذي
الحق من هو ويمكن دفعه بان مجرد استبعاد عقلي ولم نظائر كثيرة هذا تمام الكلام في القول الاول
حجة القول الثاني اي عدم ثبوت الخيار مطلقا ان المتبادر من قوله البيعان هو المالكان المتعاقدان
لان الفرد الشايع لندرة وقوع العقد مع كون العاقد غير المالك فاطلاق الخبر
ينصرف الى الاول دون الثاني او الاعم منه فلو كان العاقدان غير المالكين لم يكن الخيار لاحد
منهم اما المالكان فلانهما غير عاقدين وهو المستفاد من الخبر كونهما عاقدين واما
العاقدان فلعدم كونهما مالكين وفيه ان كون ما ذكره متبادرا من الخبر لما مر ولتالت
وقوع العقد من غير المالك بل يمكن ادعاء ان العقد صادر من المالك اقل من الصادر من
غيره كيف لا وكثير من العقود يقع بعضها لنا وبعض منها يقع بتوكيل المالك واخرى يقع ما بذ
وبعض صدر من الولي فكيف يمكن ادعاء ندرة العقد الصادر من غير المالك حجة القول
الثالث ان المتعاقدين هو المتبادر من قوله البيعان لان اسناد الفعل الى المباشر حقيقة
واسناده الى السبب مجاز والمباشر للنقل هو المتعاقدان لا المالكان وان القول بثبوته
للمالكين ايضا مستلزم لارتكاب الاستخدام في الخبر والجواب عن الاول اما اولا فبان

ما ذكره صدره وسند المنع ما حققناه من ان البيع حقيقة في القدر المشترك واما ثانيا فبان اسناد الفعل الى المباشر حقيقة لو كان فيه من السبب والقرابة هذا ممنوعة واما الجواب عن الثاني فيظهر مما مر من ان المعتبر في العرف هو تعرف كل من له الخيار بالنسبة اليه فلا استخدام واما عن الثالث فبالاحتمال الرابع مرة بان العلة الموجبة لجعل الخيار هي التوسعة للمالك كما مر غير مرة وهي لا تتصور في غير المالك فلا خيار له لان انتفاء العلة التي هي التوسعة وجواز الرجوع المال يستلزم انتفاء المعلول الذي هو الخيار بالضرورة وفيه ان ما جعله علة الحكم حكمة لا علة والاطراد غير مشترط في الحكمة المصرحة بها فضلا عن الحكمة المستنبطة كما هنا واجيب بان الحق المزبور ثابت في العين المبيعة فالكها به من غيره وفيه ان هذا لو تم لاقتضى ثبوته للوكيلين ايضا واجيب على الاحتمال الخامس وهو ثبوته للوليين لو كانا متعاقدين دون الصغيرين بعد بلوغهما بان قول البيعان غير شامل للصغيرين كشموله للموكلين فالخيار غير ثابت للاول لعدم الدليل عليه فتامل واما الاحتمال الاخير الذي يظهر من الشهيد ره في المسالك ففي مواضع من كلامه نظر يظهر وجهه من التامل في المقام فائدة

في انه هل يجوز اشتراط سقوط الخيار المزبور في العقد ام لا ينقح الكلام يستدعي رسم مقامات الاول في اثبات جواز اشتراط السقوط ووجوب الوفاء وفي الجملة اعلم انهم قد اختلفوا في جواز هذا الشرط وعدمه على قولين والحق هو الجواز لنا وجوه منها عدم الخلاف كما يظهر من الرياض ومنها الاجماع المنقول عن الغنية ومنها قوله تعالى اوفوا بالعقود من دون حصر ودخل الشرط المذكور في العقد جزء منه فيشمله الاية ومنها عموم قوله ع المؤمنون عند شروطهم كل ذلك مؤيد بالشهرة المحققة والمحكية حد الاستفاضة والقايل بالعقد بعدم الجواز هو جماعة من المتاخرين كما قيل استدل لهم بدليلين الاول انه مخالف لمقتضى العقد بتقريب ان مقتضى البيع هو ثبوت الخيار للمتبايعين واشتراط سقوطه مخالف لمقتضاه الثاني ان العمدة من الادلة الدالة على جواز الشروط ووجوب الوفاء بها هي قوله المؤمنون الخ وهو هنا معارض مع قوله البيعان بالخيار ما لم يفترقا وتعارضهما

نعارض

ويتعارضهما وهو مثل ما نحن فيه فان الاول يحكم بسقوط الخيار والثاني بثبوته فاذا تعارضا تساقطا وح فلا دليل على سقوط الخيار واستصحاب بقائه سليما عن المعارض والجواب عن الاول اما اولا فيمنع كونه مخالفا لمقتضى العقد اذ مقتضاه على ما حققناه سابقا هو ما كان مدلوله بالوضع اللغوي او الشرعي وليس البيع منها موضوعا للخيار فقط ولا للنقل مع الخيار لا بوضع اللغوي او الشرعي وعلى المدعي اثباته ومن هنا ظهر فساد ما في الرياض من التفصيل بين ان يكون العقد مطلقا او بين ان يكون مشروطا وهو المدعي ره يظهر من كلامه حيث قال ردا على القايل بان شرط سقوط الخيار شرط مخالف لمقتضى العقد ما صورته فالتحقيق ان ثبوت الخيار من مقتضى العقد المطلق لا المشروط باسقاطه انتهى وهذا الكلام منه ره غريب اللهم الا ان يكون مراده ان الخيار من مقتضى اطلاق العقد لا نفسه كما يشعر بذلك تقييده العقد بالمطلق وان كان بعيدا عن سياق كلامه وح يكون اجنبيا عن الخصم فتامل واما ثانيا فيمنع كون الشرط المخالف لمقتضى العقد فاسدا ومفسدا وغير واجب الوفاء به مطلقا لعدم دليل على فساده مطلقا بل المسلم من فساده هو ما اذا لزم التناقض بين مدلوله ومدلول العقد او ما اذا لم يبق مورد لقبول القابل كما اذا قال بعت وشرطت ان لا يتحقق النقل والانتقال فان مدلول الشرط ح مناقض لمدلول العقد كما لا يخفى وكذا لم يبق مورد للقبول كما هو واضح بخلاف ما لو قال بعت وشرطت سقوط الخيار وان قلنا بانه من مقتضيات العقد اذ لا تناقض ح ويبقى مورد للقبول ايضا واما ثالثا فلنا في هذا الشرط لو كان مخالفا لمقتضى العقد لما بقي شرط صحيح اصلا اذ كل شرط مخالف لمقتضى العقد بهذا المعنى فان كل شرط يوجب ثبوت الخيار لمن له الشرط لو لم يف من عليه الشرط بالشرط والعقد يقتضي اللزوم واللزوم مناف مع الخيار فالشرط الموجب للخيار مخالف للزوم الذي هو من مقتضى العقد فلا بد من القول بفساد الشروط كلها وهو كما ترى واما رابعا فبان فساد الشرط موجب لفساد العقد فلا وجه للتفكيك بين العقد والشرط بالحكم بصحة الاول وفساد الثاني كما فعله هذا القايل فتامل

وعن الثاني اما اولا فيمنع التعارض بين قوله المؤمنون الخ وبين قوله البيعان فان المستفاد من الثاني هو كون البيع مقتضيا لثبوت الخيار فيه والاول يدل على جواز ما نع يمنع من تاثير المقتضي اثره فلا تعارض وثانيا بتسليم كونهما متعارضين لكن مجرد التعارض لا يوجب التساقط بل اللازم في التعارض الموجب للتساقط على فهم العرف فان فهم العرف احد المتعارضين على الاخر يجوز التساقط بل الحاكم على ما فهمه العرف ح ولا ريب انهم يقدمون الاول على الثاني وثالثا فيمنع التساقط بعد تسليم تعارضهما لتوقف التساقط على انتفاء المرجحات الداخلية والخارجية مع انهما في المقام بكلا قسميه موجودان اما الخارجية منهما فهي الادلة التي ذكرناها واما الداخلية فهي كون شمول الافراد بالعموم والثاني بالاطلاق فالاول بعمومه يدل على سقوط الخيار فيما نحن فيه والثاني يدل باطلاقه على ثبوت فيه ومن المعلوم انه اذا وقع التعارض بين العام والمطلق فالاول اولى بالترجيح ورابعا فتسليم التساقط ومنع سلامة الاستصحاب الذي ذكره من المعارض بل هو معارض بقوله تعالى اوفوا بالعقود وهو يدل على لزوم العقد وانتفاء الخيار وهو وارد على الاستصحاب خصوصا مع جريان الاستصحاب اذ لا بد فيه من مستصحب يقيني وهو هنا منتف اذ المفروض تحقق البيع والشرط في زمان واحد فيكون هذا العقد موجبا لثبوت الخيار محل شك اولا فكيف يمكن استصحاب بقاء الخيار فتدبر المقام الاول الثاني بعد ما اثبتنا جواز اشتراط سقوط الخيار في الجملة فهل هو جائز في جميع الاقسام ام يختص ببعضها دون بعض فلا بد اولا من بيان الاقسام اعلم ان اشتراط سقوط خيار المجلس اما ان يكون في ضمن العقد الذي هذا الخيار ثابت له بان باع داره واشترط سقوط خياره الثابت له من جهة بيع الدار ثم باع في المجلس بستانه واشترط في ضمن البيع الثاني سقوط خيار المجلس الثابت له من جهة بيع داره وعلى الاول فاما ان يكون بالبيع لازما او جايزا كالمعاطاة بناء على المختار من ثبوت الخيار فيها وعلى التقدير لزومه فاما ان يكون اشتراط سقوطه قبله او في ضمنه او

وعلى تقدير الواحد منهما فان اللازم ح هو الرجوع الى الرجحان الخارجية او الداخلية صح

الاول او يكون في ضمن عقد غيره بان باع صح

نعاح

او بعده بالمعنى الذي سنعرفه فان كان قبله فاما ان يكون متصلا به او منفصلا عنه وعلى الثاني فاما ان يكون منفصلا بالانفصال المعتنى به عرفا وعلى تقدير الذي لا يعتنى بشانه العرف فيكون في حكم الاتصال او يكون منفصلا بالانفصال المعتنى به عرفا وعلى تقدير كون الشرط قبل العقد مطلقا اي باقسامه الثلثة فاما ان يكون مذكورا باللفظ او يكون مكتوبا او مشارا اليه او منويا وعلى تقدير كونه منفصلا عنه بالانفصال العرفي مطلقا او يكون اي باقسامه الثلثة فاما ان يكون منويا حين العقد او مغفولا عنه فبالمجموع اقسام الشرط لو كان قبل العقد يكون ستة عشر قسما وان كان الشرط في ضمن العقد فاما ان يكون ملفوظا او منويا او مكتوبا او مشارا اليه وعلى التقادير فاما ان يكون مجملا او مفصلا وهكذا لو كان الشرط بعد العقد فاقسام الشرط لو كان في ضمن العقد او بعده يكون ستة عشر قسما ايضا وبانضمامها الى الاقسام المذكورة تبلغ اثنين وثلثين قسما هذا كله فيما اذا كان البيع المشروط بسقوط الخيار ولازما ولو كان جائزا كالمعاطاة فحاله ايضا كبيع اللازم فينقسم الى الاقسام المزبورة هذا كله فيما اذا كان الاشتراط المزبور في البيع الذي يكون الخيار ثابتا فيه واما اذا كان في غيره كما مثلنا اولا فينقسم الشرط بالنسبة اليه ايضا الى تلك الاقسام مضافا الى ان النسبة بين البيعين اما ان يكون التقارن بان يكون المتبايعان بانفسهما مباشرين لبيع الدار وكيلا في البيع البستان حين صار مشترى الاولين للبيع المزبور فيشترط الاول ان سقوط الخيار الثابت لهما في بيع الثانيين والاخرين سقوط ما ثبت للاولين او لا يكون التقارن بينهما وعلى الاخير فاما ان يكون المقدم هو شرط سقوط الخيار فيه او الاخر فالواجب بيان احكام جميع الاقسام حتى يتضح المرام فان كان العقد لازما والشرط الملفوظ في ضمنه كان او قبله متصلا به حقيقة او حكما مجملا كان ذكر الشرط او منفصلا فيجب الوفاء بذلك الشرط ويسقط الخيار باشتراط سقوطه بذلك الشرط وهو المشهور بينهم شهرة محققة ومحكية بل ادعى عليه الاجماع جماعة وهذا كاف في اثبات المط مضافا الى انه شرط في ضمن العقد

او قبله الا ان الشرط الواقع قبل العقد متصلا به او منفصلا بالانفصال الذي لا يعتد به عرفا حكمه حكم الواقع في ضمن العقد فلا اشكال في الصغرى واما الكبرى فلما قدمناه في محله من الادلة الدالة على وجوب الوفاء بالشروط الواقعة في ضمن العقود اللازمة من اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم والاجماع المحقق والاجماعات المنقولة فان قلت ان اسقاط الخيار فرع على ثبوت الخيار اولا للمتبايعين اذ حينئذ يصدق سقوط الخيار وبعد تحققه وفيما نحن فيه ليس كذلك اذ المفروض هو تحقق البيع مع شرط سقوط الخيار في زمان واحد وحينئذ فلا يتصور تحقق الخيار اولا حتى يمكن ان يقال ان سقوطه بعد تحقق البيع المقتضي للخيار انما تحقق شرط السقوط في آن واحد فلا اولوية للخيار حتى يثبت بعدية السقوط قلت هذا كلام ظاهري اذ الاولية ليست منحصرة في الاولية بل لها قسم آخر وهو الاولوية بحسب الرتبة بل لها ايضا قسم آخر وهو الاولية العقلية ففيما نحن فيه وان لم يكن الاولية الزمانية متحققة الا ان الاولية بكلا القسمين الاخيرين موجودة فان اولية تحقق الخيار وبعدية تحقق العقد بالنسبة الى السقوط المشترط فيه عقلا او رتبة قطعية وهذا القدر من الاولية كاف فيما نحن فيه وهذا الكلام ليس من مبتدعاتنا بل هم تمسكوا به في مسئلة عتق العمودين بمجرد البيع مع انه مناف لقولهم لا عتق الا في ملك فتدبر جيدا هذا تمام الكلام فيما اذا كان البيع لازما والشرط ملحوظا كما قدمناه واما ان كان البيع جائزا كالمعاطاة وكان محل الشرط سقوط الخيار كما ذكرناه فيما اذا كان في ضمن البيع اللازم فالكلام فيه يقع في جهتين **الجهة الاولى** في انه هل يجوز اسقاط جواز الثابت بالمعاطاة بجعل الشارع باشتراط سقوطه ام لا والاقوى هو الثاني واستدل له بانه شرط مخالف لمقتضى البيع فتدبر فيه والحق في الاستدلال ان يقال ان الجواز ليس بحق كما ان الخيار حق فلا يجوز اسقاطه وتحقيق ذلك المطلب ان الجواز قد يطلق ويراد منه الحكم الوضعي اي الحق كما يقال ويجوز للمجرى اي له حق فيه وقد يطلق ويراد منه ما هو من قبيل الحكم التكليفي كما يقال ويجوز له المشي والقعود والقيام التي يكون القيام

مثلا مباحا له وقد يطلق ويشك في انه هو المراد منه ولو ريب انه ترجح الحق بالقسم الثاني لانه موافق للاصل والاول مخالف له اذا عرفت ذلك فنقول ان المراد من الجواز في قولنا بيع المعاطاة جائز اما ان يكون مجرد الاباحة التي هي من قبيل الحكم التكليفي واما ان يكون محل شك وعلى التقديرين فلا بد من الحكم بكونه من قبيل الاول لما عرفت وبعد كونه كذلك فلا يجوز اسقاط العدم قابلية الحكم التكليفي ونحوه للسقوط كما لا يخفى فان قلت هذا كلام جيد ومقتضاه عدم جواز اسقاط جواز الثابت للمعاطاة وغيرها من العقود الجائزة فلا يجوز ان يتعاطى ويشترط سقوط الجواز لكن اذا تعاطى وشرط عدم تسلط البائع على الرجوع الى المثمن او المشتري الى الثمن وذلك جائز ولا دليل على فساده وهو مستلزم لسقوط الجواز الثابت للمعاطاة فيثبت جواز سقوط الجواز ولو بالواسطة قلت لا دليل على جواز هذا الشرط اذ الدليل الدال على صحة الشروط ووجوب الوفاء بها منصرف عنه لاختصاصه بحكم التبادر بالشروط الواجب الوفاء بها وما ذكروه يكون من العقد منه كذا قيل وفيه ما لا يخفى وقيل في الجواب عنه انه شرط مخالف لمقتضى العقد فهو فاسد وفيه نظر والحق في الجواب ان يقال ان هذا خروج عن محل النزاع فان النزاع في اسقاط الجواز وعدمه وما ذكر ليس اسقاطا له **الجهة الثانية** في انه هل يجوز اسقاط خيار المجلس الثابت في المعاطاة باشتراط سقوطه في ضمنها ام لا والاقوى هو الاول لوجوه منها اوفوا بالعقود بتقريب ان المراد من العقود هو مطلق العقد والعهود والمعاطاة عهد والشرط في ضمنها كجزء منها فيجب الوفاء به اذ الاية تدل على وجوب الوفاء بالعهود مطلقا كان او مشروطا فتدبر ومنها احل الله البيع فانه يدل على صحة البيع مطلقا والمعاطاة بيع وفيه نظر اذ غاية ما يستفاد منها هو صحة الشرط في ضمن البيع لا لزوم العمل به كما هو المدعى فتامل ومنها ان هذا حق لا حق بالبيع وكلما هو كذلك يجوز اسقاطه اما الصغرى اي كونه حقا فلقوله عليه السلام البيعان بالخيار الخ وقد مر كون المعاطاة بيعا والخيار حقا واما الكبرى فللاجماع ولقوله المؤمنون فان قلت ان الصغرى ممنوعة لعدم

دلالة قوله البيعان الذي هو دليل على صحتها على ثبوت الخيار في المعاطاة لا دلالة له على ثبوت الخيار في البيع الذي لولا الخيار ثابتا فيه لكان لازما بقرينة ذيل الخبر على ما هو روي فاذا افترقا وجب البيع وليست المعاطاة كذلك لجوازها وان افترقا قلت اولا ان المراد من الخبر ثبوت الخيار فيما لولا الخيار ثابتا لكان لازما من هذه الجهة لا من جميع الجهات والمعاطاة ايضا لازمة بعد افتراق المتعاطيين من جهة خيار المجلس كيف لا ولو كان مدلول الرواية هو ما ذكر يلزم عدم جواز اجتماع خيار المجلس مع خيار آخر في بيع واحد اذ بعد الافتراق لا يكون البيع لازما من جميع الوجوه لجوازه بالنسبة الى خيار الآخر وهو كما ترى وثانيا سلمنا كون المراد منه ما ذكر لكنا نفرض الكلام في المعاطاة التي تفرق فيها المتعاطيان في الثمن والمثمن في مجلس التعاطي فتكون الرواية شاملة لهذا الفرض اذ يصدق حينئذ على تلك المعاطاة انها بيع لولا خيار المجلس ثابتا فيه لكان لازما من جميع الوجوه ونتعدى منه الى غيره بعدم القول بالفصل فتدبر فان قلت بناء على ما يثبت عليه من سقوط خيار الثابت في المعاطاة باشتراط سقوطه ووجوب العمل بهذا الشرط يلزم زيادة الفرع على الاصل اذ المعاطاة التي هي الاصل بيع جائز فكيف يمكن ان يكون الشرط الذي هو الفرع لازما قلت هذا الايراد انما يرد لو قلنا بجواز عدم المعاطاة ووجوب الوفاء بالشرط الذي ثابت في ضمنها ولو بعد هدمها واما لو قلنا بوجوب الوفاء بالشرط ما دامت المعاطاة باقية فلا ايراد وهذا الكلام جار في سائر العقود الجائزة ايضا ودعوى انه على هذا يلزم استعمال اللفظ اي قوله المؤمنون عند شروطهم في المعنيين احدهما وجوب الوفاء بالشرط مطلقا لو كانت في ضمن العقود اللازمة والآخر وجوب الوفاء بها ما دام العقد باقيا لو كانت في ضمن العقود الجائزة فاسدة اذ دعوى وجوب الوفاء بها لو كانت في ضمن العقود اللازمة انه مشروط ببقاء العقد فلم يستعمل اللفظ الا في معنى واحد الا ترى ان العقد اللازم لو انهدم بالاقالة مثلا لم يحكموا بوجوب الوفاء بالشرط الثابت في ضمنه كما مر تحقيقه في مسئلة الشروط وبالجملة

وبالجملة فظهر من جميع ما ذكرنا ان خيار المجلس الثابت في المعاطاة يجوز اسقاطه ولو بالشرط ولكن لا يخفى ان هذا الحكم بعد مراعاة ما لا وارث لاعدام كونه حقا حتى ينافي ما ذكرناه آنفا بل لوجود مانع عنه وهو ان المعاطاة بيع جائز فيبطل بموت المتعاطيين او احدهما الوجود مانع عنه وهو ان المعاطاة بيع جائز فيبطل بموت المتعاطيين او احدهما فبعد موته لا يبقى معاطاة حتى يثبت فيه الخيار فيرث الوارث فافهم وان كان البيع لازما والشرط منويا او مكتوبا او مشارا اليه مع كونه في ضمنه فاختلفوا في سقوط الخيار الثابت لهذا البيع بسبب اشتراط سقوطه بهذا الشرط المنوي او المكتوب والمشار اليه للاجماع ولقوله عليه السلام البيعان بالخيار واستدل للخصم وهو الشيخ ره فيما حكي عنه بوجوه الاول عموم قوله المؤمنون عند شروطهم بتقريب ان المنوي والمكتوب والمشار اليه شرط لعدم صحة سلب الشرط عنها الثاني العقود تابعة للقصود والثالث اطلاق قوله تعالى تجارة عن تراض من جهة كون التراضي هنا مشروطا بسقوط الخيار وفي جميع ما ذكره نظر يظهر وجهه بادنى تامل هذا كله حكم الشروط المنوية والمكتوبة والمشار اليها الثابتة في ضمن العقد اللازم مجملة كانت او مفصلة واما اذا كانت تلك الشروط باقسامها في ضمن البيع الجائز فيظهر حكمه مما ذكرنا فلا نعيد وان كان العقد لازما والشرط ملحوظا به واقعا مقدما على العقد بحيث يعد منفصلا عنه عرفا مع كونه حين وقوع العقد منويا فالاقوى عدم وجوب الوفاء به وعدم سقوط الخيار باشتراط سقوطه كذلك للاجماع وبعض الاخبار **المقام الثالث** في انه هل يجوز تبعيض خيار المجلس باسقاط بعض منه وابقاء بعض آخر ام لا لان الخيار الواحد كخيار المجلس مثلا لو كان باقيا يجب ان يكون كله باقيا ولو كان ساقطا يجب سقوطه كله والكلام في هذا المقام يقع في موضعين الموضع الاول في جواز تبعيض الخيار بالنسبة الى البيع اما الكلام في الموضع الاول اختلفوا فيه على قولين واستدل المجوز لتبعيضه بان الخيار على قسمين قسم منه ما يجوز تبعيضه قطعا كخيار المجلس وقسم منه ما

ما يجوز تبعيضه قطعا كخيار المجلس و قسم منها لا يجوز قطعا كخيار العيب واحتج للثاني
بان المستفاد من الادلة هو كونه امرا بسيطا ولم يجعل الشارع الزمان من مشخصاته حتى
يتعدد حق خيار العيب بتعدد الزمان والامر البسيط غير قابل للتبعيض فالحكم ببقاء الخيار
العيب مستلزم للحكم ببقاءه كله وكذا الحكم بسقوطه مستلزم للحكم بسقوطه كله ولا يتصور سقوط
بعضه وبقاء بعض اخر فلا يجوز اسقاط خيار العيب في مدة دون اخرى للزوم التناقض
اذ لبساطة الخيار كما اثبتناها مقتضية للقول بسقوط البعض وبقاء البعض الاخر فلابد
من القول بسقوطه كله في هذا الفرض واحتج لجواز تبعيض خيار الحيوان بوجوه الاول الخبر
الدال على ثبوت خيار لصاحب الحيوان ثلثة ايام حيث انه جعل الزمان مشخصا للخيار
فيستفاد منه تعدد الحق فان حق الخيار في يوم الاول حق وكذا في اليوم الثاني و
الثالث فيدل الخبر على جواز تبعيضه الثاني ان بعض خيار الحيوان الذي اراد صاحبه اسقاطه
يصدق عليه انه حق فيحصل منه الصغرى وبانضمام الكبرى اعني كل حق يجوز لصاحبه اسقاطه
الى الثالث المطلوب الثالث قوله عم المؤمنون الخ فانه لو شرطا في ضمن العقد اسقاط بعض
خيار الحيوان يصدق عليه انه شرط فيدل الخبر على وجوب الوفاء به ثم قال المجوز بعد ذكره
الاحتجاجين واما خيار المجلس فلا يخلو اما ان يكون من القسم الاول او الثاني فان كان
الاول فقد ظهر حكمه وكذا اذا كان الثاني لا اشكال في ذلك انما الشان في اثبات انه من
القسم الاول او الثاني و يدل على انه من قبيل الثاني وجوه الاول قوله عم البيعان ما
بالخيار الخ بتقريب ان لهما لم يفترقا في قبل الخبر دليل على تعدد الحق لو طال المجلس كما ان قوله
عم صاحب الخيار ثلثة ايام يدل عليه الثاني والثالث هو الدليلان الذي ذكرناهما
لجواز تبعيض الحيوان لورودهما حرفا بحرف هنا فتامل هذا حاصل كلام المجوز
لتبعيض الخيار ولكن في جميع ما ذكره نظر لانه حكم بعدم لزوم التناقض بسقوط خيار العيب بالكلية

بالكلية لو اشترط سقوط بعضه وفيه ان التناقض كما يرتفع بما ذكره يرتفع بالحكم بعدم السقوط اصلا
وثبوت الخيار بالكلية بل هذا هو الاظهر لان قصده لم يتعلق الا بسقوط البعض وسقوط الكل غير
مقصود اصلا فكيف يحكم بما عليه هو غير مقصود والرد على تقدير تسليم الاحتمالين لا ترجيح
احدهما على الاخر واما ما ذكره من دلالة الرواية على جواز تبعيض خيار الحيوان ففيه منع تلك
الدلالة اذ لم يكن فيها اشعار على جواز التبعيض وعدمه واما ما ذكره من الدليل الثاني ففيه ان صحة
الصغرى تتوقف على اثبات خيار الحيوان حق متعدد وادعى بعض ان يقال ان سقوط بعض الخيار
حق ادعى وان لم يكن كذلك بل كان خيار الحيوان حقا متحدا فلا تصح الصغرى اذ للمانع ان يمنع
كون بعض الخيار حقا او حينئذ الحق هو كله وتعدد حق خيار الحيوان في حيز المنع اذ لا دليل على
تعدده سوى ما يتوهم من دلالة الرواية التي مرت عليه وانت خبير بانه لا يستفاد منها
الا ثبوت الحق الواحد غاية الامر انه حق واحد ممتد الى ثلثة ايام وامتداد الحق لا يوجب تعدده
الا ترى ان لصاحب الدين حق ممتد على المديون بمعنى ان له مطالبته في اي زمان شاء ولا يتصور
ان يكون له اسقاط في بعض الازمنة دون بعض نعم له ان يطالبه في بعض دون بعض و المطالبة
وعدمها غير الاسقاط في بعض الازمنة فتامل وما ذكره من الدليل الثالث فيظهر جوابه مما
وعلى هذا فالاقوى عدم جواز تبعيض الخيار مطلقا واما الكلام في الموضع الثاني اي جواز تبعيض
الخيار بالنسبة الى المبيع وعدم جوازه كان باع داره وبستانه ببيع واحد واسقط خياره
بالنسبة الى الدار فقط دون خياره بالنسبة الى البستان ففي جوازه احتمالات فيه محصورة في
الثلثة فيحتمل الحكم بجواز هذا التبعيض مط ويحتمل الحكم بعدم جوازه مطلقا و يحتمل التفصيل
بين ما اذا كان البيع متعددا فالحكم بالجواز واما اذا كان متحدا فالعدم واستدل المفصل
بعدم جواز التبعيض في صورة اتحاد البيع بقوله عم البيعان الخ وجه الدلالة ان المستفاد منه هو ثبوت
خيار واحد للبيع الواحد وهو امر بسيط لا يقبل التبعيض فلا يجوز تبعيضه لو كان متعددا

بانه لا شك ولا شبهة ان البائع لو باع داره وبستانه ببيعين يثبت له بالنسبة الى كل واحد من المبيعين
خيار ولا شك ان سقوط الخيار بالنسبة الى احدهما غير مستلزم لسقوطه بالنسبة الى الاخر في هذا
الفرض وبيع البائع داره وبستانه ببيع منزلة بيعهما اياهما ببيعين فكما لا يسقط الخيار الثابت له
حلهما بسقوطه بالنسبة الى الاخر فيما اذا كان البيع متعددا فكذا الحكم فيما هو بمنزلة البيع المتعدد
فيجوز السقوط بالنسبة الى المبيع والبقاء بالنسبة الى الاخر وهو المقصود من جواز التبعيض اقول
اما استدلاله الاول فصحيح و سلم ونحن ايضا نحكم بعدم جواز تبعيض الخيار لو كان البيع متحدا
واما الجواب عن استدلاله الثاني فهو ان البيع اما متعدد ايجابا وقبولا كما اذا باع داره ببيع
وقبله المشتري ثم باع بستانه باخر فقبله المشتري واما متعدد ايجابا فقط كما اذا باع دارا
اولا بان قال بعت داري بعشرة وبستانه ثانيا فقبله المشتري بقبول واحد واما ان
لا يكون متعددا ايجابا وقبولا ولكن يكون في حكم المتعدد كما اذا باع داره وبستانه بايجاب
مثلا يكون جعل احد المبيعين في مقابلة نصف الثمن والاخر في مقابلة النصف الاخر واما
ان لا يكون في حكم المتعدد ايضا بان جعل مجموع الدار والبستان في مقابلة مجموع الثمن فان كان
البيع متعددا حقيقة مطلقا كالقسمين الاولين او حكما كالقسم الثالث فح يجوز تبعيض
الخيار لان كل واحد من البيعين متضمن لخيار ولا دخل لاحد الخيارين في الاخر حتى يوجب سقوطه
سقوطه بل لا تبعيض هنا في الحقيقة كما لا يخفى وان كان الثاني بان لا يكون البيع متعددا لا حقيقة
ولا حكما فلا يجوز تبعيض الخيار لما عرفت من ان الثابت في البيع الواحد ليس الا خيار واحد
غاية الامر كونه ممتدا وعرفت ان مجرد الامتداد لا يوجب تعدد الخيار ولا تركيبه حتى يجوز تبعيضه
فهو امر بسيط لا يوجب تبدل البعض ومجرد تعدد مورد البيع و تركيبه لا يوجب تعدد الخيار و
تركيبه فلا يجوز تبعيض الخيار بالنسبة الى المبيع ولو كان متعددا واشترط بقاء البيع على كونه واحدا
نعم يجوز التبعيض بالنسبة الى المبيع في الصور الثلث لكنها خارجة عن محل النزاع ومن هنا ظهر بطلان

القول المفصل ظهر بطلان القول الاول ومن بطلانهما تعين الثالث فهو الاقوى المقام الرابع في
بيان ما هو المراد من الافتراق اعلم انهم اختلفوا فيه على اقوال فقيل انه موكول الى فهم العرف فالمدار
على ما يسمى في العرف افتراقا وقيل انه عدم صدق الاجتماع على الافتراق بما قل من خطا ثلث فهو المتحقق
من الافتراق والمشهور على تحققه ولو بخطوة وهذا هو الاقوى ولما كان بيان الاستدلال عليه
محتاجا بذكر الاستدلال على القولين والجواب عنهما لا بد اولا بذكر الاستدلال عليهما اما
القائل الاول استدل لمذهبه بان الاول في قوله عم البيعان بالخيار ما لم يفترقا بانضمام قوله تعالى
ونحوهما وما ارسلنا من رسول الا بلسان قومه وجه الدلالة انه يجب حمل كلام المعصوم على
متفاهم القوم فيجب حمل الافتراق على ما هو المتفاهم منه عند القوم وهو المطلوب الثاني الاستصحاب
بتقريب ان المتبايعين كان لهما الخيار حال كونهما في مجلس العقد قطعا وبعد افتراقهما بخطوة
واحدة او ثلث ان الشك في الخيار ثابت عدمه فيستصحب بقاؤه وفي كلا الوجهين نظر اما
في الاول فلان مراد المستدل اما ان يكون ثبوت الافتراق حقيقة عرفية فيما يسمى افتراقا
في العرف او لا يكون مراده ذلك بل ان الافتراق العرفي اظهر افراد المعنى الحقيقي اللغوي فينصرف
المطلق اليه فان كان الاول ففيه مع انه مستلزم للنقل عن المعنى اللغوي والاصل عدمه ان
تقديم الحقيقة العرفية مثلا لا دليل على الحقيقة اللغوية بشرط عدم وجود قرينة والشاهد على
ارادة المعنى العرفي واعراض الاصحاب عنه وحكمهم بتحقق الافتراق ولو بخطوة اقوى شاهد على
ان المراد بالافتراق ليس معناه العرفي وان كان حقيقة فيه وان كان الثاني ففيه بعد تسليم
كونه اظهر افراده ان انصراف المطلق الى الفرد الاظهر صحيح مسلم بل لازم لكن لا مطلقا بل ما لم يدل
دليل على كون الفرد الغير الظاهر ايضا مرادا من المطلق وقد دل الدليل على كونه مرادا فيما نحن فيه واي
دليل اعظم من عمل الاصحاب فتامل واما في الثاني فلان استصحاب بقاء الخيار معارض بدليل
اجتهادي وارد عليه وهو اصالة اللزوم المستفاد من اية اوفوا بالعقود عموما بالنسبة الى الازمان

خرج فيه بالدليل ما اذا كان مجلس العقد باقيا وبقي الباقي تحته وفي هذا الجواب نظر اذ لا شبهة
في المقام موضوعية فان الافتراق بالخطوة وما في حكمها يحصل الشك في بقاء المجلس حتى يكون المقام
من افراد المخصص فيحكم بثبوت الخيار فيه وعدم بقائه حتى يكون من افراد العام فيحكم بلزوم العقد
وقد مر ان الحكم في تلك الحالة هو التوقف استند القائل بالقول الثاني بالخبر الذي هو
متضمن لحكاية المعصوم عم بانه باع رجلا ثم مشى خطا ليلزم البيع من حين الافتراق وجه الدلالة
ان قوله خطا جمع واقل ما يصدق عليه هو الثلثة والجواب فيه اولا ان يكون الخطاء الثلث موجبة
لحصول الافتراق لا يستلزم ان لا يكون الخطوة الواحدة موجبة لحصوله بل يجوز ان يكون
كل منهما موجبا لحصوله فتدبر وثانيا ان الدليل على لزوم كون الخطا فيه جمعا بل يحتمل كونه مفردا
فح يكون الخبر دليلا للمشهور فاذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال مضافا الى ان الاصحاب فهموا
منه الافراد ولذا جعلوه دليلا على اثبات كفاية الخطوة الواحدة في حصول الافتراق فتامل ثم
اذا عرفت ذلك فاعلم ان ايجاب الافتراق لسقوط الخيار هل يكون تعبديا شرعيا او من باب
انه يكشف عن رضا المتبايعين بلزوم البيع وتظهر الثمرة فيما لو افترقا سهوا او نسيانا فانه يسقط
الخيار على الاول دون الثاني لان مع السهو والنسيان ينتفي كاشفية الافتراق المسقط للخيار
وفي المسئلة قولان ويمكن الاستدلال للثاني منهما اولا بقوله عم البيعان بالخيار ما لم يفترقا
بتقريب ان صدر الخبر يدل على ثبوت الخيار في البيع مطلقا ثم خرج عنه بدليل صورة الافتراق
والظاهر من الافتراق المسقط للخيار هو الافتراق الحاصل اختيارا والمعروف وفي صورة السهو
والنسيان لا اختيار فالافتراق غير مسقط للخيار تمسكا بصدر الخبر وثانيا بقوله عم فلا خيار بعد
رضاهما اجمالا مفهومه ثبوت الخيار مع عدم الرضا ولا رضاء في الصورتين المزبورتين اذ
تحقق الرضا يتوقف على التراضي بالمضي به والمفروض انه غير ملتفت اليه لكونه ناسيا او ساهيا
فيكون الخيار ثابتا بقوله عم رفع عن امتي تسعة اشياء وعد منهما السهو والنسيان وجه الدلالة

انه

انه دال على ارتفاع الحكم الثابت على العامد عن الناسي والساهي ولا ريب ان الحكم على العامد في
الافتراق هو سقوط الخيار فليكن هذا الحكم مرتفعا عن الساهي والناسي ومقتضاها ثبوته
لهما وهو المطلوب والجواب عن الاول انا نسلم ظهوره والافتراق الموجب لسقوط الخيار في الافتراق
الحاصل بالاختيار لكن انتفاء الخيار في صورتي السهو والنسيان لم يصدق المختار على الساهي
والناسي بالفرض سلمنا ظهوره وصدقه على الثاني لكن الظاهر حجة ما اذا لم يحصل الظن منه وكيف
يحصل منه الظن بعد اعراض الاصحاب عن هذا الظاهر حيث حكموا بسقوط الخيار بمجرد الافتراق مطلقا
سواء حصل عمدا او سهوا او نسيانا والجواب عن الثاني ان التمسك بمنطوقه في المدعى بل الخبر على اثبات
غير ممكن اذ غاية ما يمكن استفادة من منطوقه هو سقوط الخيار بالافتراق الناشئ عن رضاهما
وهو غير المدعى ولا دلالة لمنطوقه على ثبوت الخيار مع انتفاء الرضا كما هو المدعى ولو اراد المستدل
ان يتمسك بمفهومه على اثبات دعواه ففيه اولا انه ليس بمفهوم معتبر من المفاهيم اذ غاية ما
يمكن ادعائه هو مفهوم القيد وهو غير حجة وثانيا ان دلالة المفهوم حجة لو لم يكن المنطوق في
وارد مورد الغالب وهنا كذلك وثالثا ان المستفاد من هذا المفهوم معارض بما يستفاد من منطوق
صدر الخبر اعني قوله عم فاذا افترقا وجب البيع والترجيح مع المنطوق كما لا يخفى فتامل والجواب
عن الثالث ان المرتفع عن الامة من حكم السهو والنسيان هو عين الحكم التكليفي المترتب عليهما والا لزم
التخصيص الكثير لان اغلب الموارد التي حكم فيها بارتفاع الحكم التكليفي حكم فيها بوجود بقاء الحكم الوضعي
ولا ريب ان سقوط الخيار وبقائه انما يكون من الاحكام الوضعية فلا دليل على ارتفاعه سلمنا
ان المرتفع عنها هو الاعم من الحكمين بالتقريب الذي ذكره المستدل لكن يجاب عنه بانه معارض
بقوله فاذا افترقا وجب البيع والتعارض بينهما من قبيل تعارض العامين من وجه لانه يدل
على لزوم البيع مطلقا اي سواء كان على سبيل العمد او السهو او النسيان والخبر الاول يدل على ارتفاع
حكم السهو والنسيان مطلقا سواء كان مورد السهو والنسيان هو الافتراق او غيره بعد تعا

رضهما

فلا بد من الرجوع الى المرجح وهو وان كان مع الثاني لاعتضاده باستصحاب بقاء الخيار بالافتراق
السهوي او النسياني الا ان الاول مؤيد بقوله تعالى اوفوا بالعقود كما انه بنفسه وارد على الاستصحاب
فكذا ما هو معاضد به فتامل وارد على غيره مضافا الى ان فهم الاصحاب ايضا معاضد له **المقام الرابع**
في ان الافتراق على سبيل الاكراه مطلقا مسقط للخيار ام لا وعلى الاول فهل يكون اسقاطه من باب
التعبد او الوصف بالمعنى الذي سنشير اليه وتنقيح الكلام في هذا المقام يستدعي التكلم في مراحل
المرحلة الاولى في تعريف الاكراه وتقسيمه الى اقسام ثلثة لانه اما ان يكون بحيث يسلب الاختيار عن المكره
بالمرة ولو في فعل المكره فيه كان يخرجه المكره عن المجلس بالاكراه بحيث لا يبقى للمكره على مباشرة
الشي والخروج بنفسه واما ان لا يكون كذلك بل يكون المكره قادرا على مباشرته بنفسه في فعل
المكره فيه كان يجبر المكره في خروجه عن المجلس مع قدرته على مباشرته بنفسه ليخرج المكره بنفسه
عنه لكن باكراه المكره وهذا القسم على قسمين لان الاكراه اما ان يكون بحيث يوجب سلب الشعور
عن المكره في فعل المكروه ام لا بل يوجب على اقدام المكره على الفعل ولو مع شعوره به واما
تعريفه فهو على ما ذكره بعض المحققين حمل الانسان على ما يخالف طبعه بالتخويف والتوعيد **المرحلة
الثانية** في ان ايجاب الاكراه لرفع الاثر عن الفعل المكره فيه هل هو من باب الوصف او التعبد والمراد
بكونه من باب الوصف هو انه موجب لرفع الاثر لانه كاشف عن عدم قصد المكره في فعله وتظهر
الثمرة في الاقسام الثلثة المزبورة للاكراه فان قلنا بالاول فعلينا الحكم بعدم ايجابه لرفع الاثر
لو كان من قبيل القسم الثالث من الاقسام لبقاء القصد والشعور كما هو المفروض فيه فلا
يكون ح اثر للاكراه وان قلنا بالثاني فلنحكم بايجابه لرفع الاثر في الاقسام الثلثة كلها والاقوى
هو الحكم بكون ايجابه من باب التعبد ولنا على ذلك وجوه الاول الاصل بتقريب انا نشك
في ترتب الاثر على الافعال الصادرة عن المكره وعدمه فالاصل عدمه مع انصراف الاطلاقات الواردة
في كل باب بحكم التبادر الى المختار والثاني الاجماع المحكي عن الغنية وغيره الدال على المطلوب ولو

في

في الجملة الثالث قوله البيعان بالخيار ما لم يفترقا صورة الافتراق ولا ريب ان الظاهر من الافتراق
هو الافتراق على سبيل الاختيار فلو كان على سبيل الاكراه مطلقا سواء تعلق به القصد ام لا
لم يكن مسقطا للخيار وصدر الرواية يحكم بثبوته ح الرابع الاخبار الواردة في باب عتق المكره
وطلاقه الخامس قوله عم رفع عن امتي تسعة حيث عد منها ما استكرهوا عليه بتقريب انه يدل
على رفع الحكم مطلقا تكليفيا كان او وضعيا عن المكره فاسد لكان ان الافات فلت التمسك بهذا
الخبر على اثبات رفع الاثر عن جميع افعال المكره فاسد لانه لا يتوقف على دلالته على ارتفاع
مطلق الاحكام عن التسعة ودلالته عليه ممنوع كيف لان منها الخطأ والمرتفع بالنسبة اليه لا
يكون الا الحكم التكليفي فقط فالخبر لا يدل على ارتفاع الحكم التكليفي وح فلا دلالة على رفع الاثر
عن افعال المكلف لانه من الاحكام الوضعية ولو جعلت المرتفع بالنسبة الى الخطاء هو الحكم
التكليفي فقط وبالنسبة الى البواقي هو الاعم منه وهو غير جائز قلت اولا نمنع انحصار المرتفع
بالنسبة الى الخطاء في الحكم التكليفي فقط بل ترتب الاحكام الوضعية ايضا عليه والخبر يدل على ارتفاعها
عنه وثانيا نسلم الانحصار المزبور بالنسبة الى الخطا لكن نقول بان المرتفع عن البواقي هو الاعم
من الحكمين ولا يلزم التفكيك ايضا بان نقول ان المراد من الخبر هو رفع اثر التسعة مما كان
اثران بحكم الخبر بارتفاعهما وما كان له اثر واحد فهو يحكم بارتفاعه عنه فلا تفكيك مع ان
التفكيك غير قبيح اذا كان معاضدا مع فهم الاصحاب فان قلت مقتضى هذا الخبر عدم ترتب الحكم
مطلقا على فعل المكره مطلقا وذلك مناف لما حكموا به من ان المكره لو اتلف مال الغير فهو له
ضامن وهو مقتضى الدليل وهو قوله عم من اتلف مال الغير فهو له ضامن ولا ريب انه معارض
بقوله عم رفع عن امتي الخ والتعارض بينهما تعارض العموم والخصوص من وجه فلا بد من الرجوع
الى المرجح وهو مع اعتضاده بالقاعدة المشهورة المسلمة بينهم وهي ان الاذن من الشارع لا ينافيه
الضمان بتقريب ان المكره ماذون من الشارع في ارتكاب الفعل المكره عليه فلا وجه لحكمهم بالضمان

ومن الحكم الوضعي فح وان كان الخبر دالا على الحكم الا انه موجب للتفكيك فيرجع

ام ع

بالضمان الملكي في المسئلة المزبورة قلت اما ما ذكره من تأييد الخبر ففيه انه ليس فيه تاييد لقاعدة تلك
القاعدة باطلاقها البحث عندهم مسلمة بل حكمهم بعدم تعقب الضمان للاذن انما يكون في الموارد المخصوصة
منها ان يكون تصرف التلف فيما اتلفه من باب الحسبة ومنها ان يكون من باب الامانة الشرعية
ومنها ان يكون من باب الامانة المالكية ومنها ان يكون من باب الولاية الاجبارية ومنها
ان يكون تصرفه مستندا الى اللفظ الذي كان ظاهرا في عدم الضمان ولا ريب ان تصرف المكره في
مال الغير وان كان باذن الشارع الا انه ليس من قبيل واحد من الموارد المذكورة فالاذن فيه لا
ينافي مع تعقيبه الضمان وح فلا تاييد لهذا الخبر بهذه القاعدة فلم يبق الا الخبران وهما انما ورضا
بالتعارض المزبور والرجح مع عموم من اتلف لاعتضاده في المقام بالشهرة المحكية بل المحققة
كيف كان اذا عرفت اقسام الاكراه فاعلم انه لا اشكال ولا خلاف في عدم ايجابه لسقوط الخيار
بل ادعى عليه الاجماع فيما لو استند الافتراق الى المفترق اعني الى المكره نفسه كما انه لا اشكال في
القسمين الاخيرين من الاكراه والحق انهما كالاول لا يوجبان سقوطه ولنا عليه اولا الاستصحاب
تقريبه ان المتبايعين حين حضورهما في المجلس كان لهما الخيار قطعا وبعد افتراقهما بالاكراه
نشك في ثبوته فليستصحب وثانيا الادلة النافية الدالة على عدم الاعتداد بفعل المكره مطلقا
ضرورة صدق المكره على المفترق بالافتراقين المزبورين واورد الخصم على الدليلين اما على الاول
منهما اولا فبان المقام ليس موردا لجريان الاستصحاب لان المقتضي للخيار مفقود او اقتضائه اما
مشكوك لانا لا ندري ان البيع مقتض للخيار ولو تحقق الافتراق على سبيل الاكراه او لا والاستصحاب
في الشك في المقتضي لا يكون حجة ولو حصل الافتراق على سبيل الاكراه لم حجة وجدا ولا منع عدم الحجية
وثانيا على فرض التسليم نقول انا وان لم نقل بحجية الاستصحاب في الشك في المقتضي الا انا نقول
بحجيته فيما اذا ثبت حكم يستفاد من دليله الاستمرار ولو عرفا ولا ريب ان قوله ع البيعان الخ
لو عرض على العرف يفهمون منه استمرار الحكم اعني ثبوت الخيار وبعد الشك فيه يجري الاستصحاب

فتامل

ام

فتامل واما على الثاني فبان مقتضى تلك الادلة مع ملاحظة معارضتها بمثلها هو اما القول
بسقوط الخيار بالافتراقين المزبورين او القول بالتوقف وكيف كان لا وجه للحكم بعدم السقوط
وفيه ان الشبهة هنا موضوعية فلا تشملها الادلة كما لا تشملها الخبر فيما يحتمل انه بالنسبة اليه الا
استصحاب سليم عن المعارض فتدبر جيدا واحتج الخصم على مذهبه اعني سقوط الخيار بالافتراق
مطلقا ولو بالاكراه بنحو القسمين المزبورين بما هو مركب من امور ثلثة الاول ان الفعل يستند
الى المباشر على سبيل الحقيقة الثاني ان القصد الى الفعل ليس شرطا في اسناده الى فاعله والا
لزم ان لا يكون اسناد التكلم الى النائم والاكل الى المجنون حقيقة صحيحا وهو كما ترى الثالث
منع ظهور الافتراق في قوله ع فاذا افترقا وجب البيع في الافتراق على وجه الاختيار واذا عرفت ذلك
فاعلم ان الافتراق الصادر عن المكره ان كان مع قصده وشعوره بوقوعه عليه فتوجه الحكم
بكونه مسقطا للخيار واضح لما عرفت من الامر الاول ان الافتراق يستند اليه لكونه مباشرا
له فيصدق قوله فاذا افترقا الخ وان كان صادرا لكن مع قصده وشعوره فيحكم بسقوط
الخيار لما عرفت في الامر الثاني من ان القصد والشعور ليس شرطا في اسناد الفعل الى الفاعل
وليس المستفاد من الخبر الا كون الافتراق المسند الى المتبايعين موجبا لسقوط الخيار
واسناده اليهما في المقام واضح لما ذكرناه ثم ان هنا امورا ينبغي التنبيه عليها الامر الاول
في بيان حكم الافتراق الحاصل من احد المتبايعين بالاكراه ويتصور له صور كثيرة لان بعد كون
احدهما مكرها في الافتراق اما ان يكون الاخر مكرها على الجلوس او يكون مختارا وعلى
الثاني فاما ان يكون مفترقا عن المجلس ومصاحبا لصاحبه المكره على الافتراق ام لا بان
يكون الاخر مكرها على الجلوس او يكون مختارا وعلى الثاني فاما ان يكون مختارا للبقاء
في المجلس او المفارقة عنه وعلى الثاني بان اكره صاحبه على الذهاب الى الجانب والاخر
الى جانب اخر اما القسم الاول اي ما اذا اكره احدهما على الافتراق والاخر على الجلوس في

ام ع

في المجلس فلا شبهة في عدم سقوط الخيار فيه لا بالنسبة الى المكره على الافتراق ولا بالنسبة الى المكره
على الجلوس ولا خلاف فيه كما انه لا خلاف في عدم سقوط الخيار مطلقا لو كانا معا مكرهين
في الافتراق ووجه الحكمين واضح وهو الادلة الدالة على عدم الاعتداد بفعل المكره واما
الخلاف فيما اذا كان احدهما مكرها والاخر مختارا والذي لا يخفى ان مقتضى اطلاق كلامهم في تلك
المسئلة هو كون هذا القسم باقسامه الثلثة محلا للنزاع ويشكل بالنسبة الى الواحد منها
وهو ما اذا افترق المختار عن المجلس ولكن كان مصاحبا للمكره نظرا الى انهم حكموا بعدم تحقق
الافتراق مادام مصاحبين وان فارقا المجلس فلو كان هذا القسم داخلا في محل النزاع
يلزم حكمهم بكون ذلك موجبا لسقوط الخيار على بعض الاقوال وذلك مناف لحكمهم الذي
عرفته وكيف كان اختلفوا في تلك المسئلة على اقوال ثالثها الحكم بعدم ثبوت الخيار بالنسبة الى
المكره مط وسقوطه بالنسبة الى المختار كك وهو المنسوب الى الشيخ في الخلاف ورابعها
التفصيل بين ما اذا افترق المختار عن المجلس ولم يكن مصاحبا للمكره وبين ما اذا بقي
في المجلس او افترق مصاحبا للمكره فالحكم بسقوط الخيار مطلقا اي بالنسبة الى المكره و
المختار على الاول وثبوته كك على الثاني وهو ما ذهب اليه العلامة في التحرير كما حكى عنه وتنقيح
المسئلة يستدعي بيان امرين الاول في بيان الادلة على الاقوال الثلثة الاولة فنقول حجة
الاول منها اعني عدم السقوط مطلقا وهو المستند الى المشهور اما بالنسبة الى المكره فهي الادلة
النافية الدالة على عدم الاعتداد بافتراقه واما بالنسبة الى المختار فهي انه المختار وان
كان مفترقا الا ان افتراقه وحده لا يوجب سقوط الخيار اذ سقوط الخيار يتوقف
على حصول افتراق كل واحد من المتبايعين بالنسبة الى الاخر كما هو الظاهر من الخبر وفيما
نحن فيه لا افتراق الا من احدهما وهو المختار اذ المفروض عدم الاعتداد بافتراق المكره فكان
نافيا في المجلس حجة القول الثاني اي السقوط مطلقا اما بالنسبة الى المختار فهي انه مفترق فيسقط

خياره

ام ع

خياره بافتراقه لعدم اشتراط افتراق الاخر في السقوط بل افتراق احدهما يكفي في سقوطه اما
الافتراق اذا كان مفترقا من المجلس فواضح واما صدقه عليه لو كان باقيا فهو مفترق فيسقط
فلان عدم مصاحبته مع المكره بمنزلة افتراقه عنه فيصدق الافتراق عليه وكيف كان هو
مفترق فيسقط خياره واما بالنسبة الى المكره فلان غاية الامر انه بمنزلة الباقي في المجلس وقد
عرفت ان افتراق احدهما موجب لسقوط الخيار بالمرة ولو كان الاخر باقيا واستدل للقول
الثالث بان المكره خياره باق لعدم الاعتداد بافتراقه لما مر عن قرب والمختار خياره ساقط
بافتراقه اما الافتراق عن المجلس حقيقة لو افترق عنه او لعدم مصاحبته للمكره ولو بقي فيه
مع ان المستفاد من الرواية هو كون افتراق كل واحد منهما مسقطا لخياره فقط فالمختار
لكونه مفترقا ساقط خياره الامر الثاني في بيان الاستدلال على القول والايراد على الاقوال
الثلثة وتنقيحه يستدعي رسم مقدمة مشتملة على امور ثلثة الامر الاول في ان اجتماع
المتبايعين في ارتكاب الافتراق ليس شرطا في تحقق الافتراق الموجب لسقوط الخيار بل
يكفي افتراق احدهما في السقوط واما بالنسبة الى غير المفترق وعمدة دليلنا على ذلك الاجماع
عدلنا عما هو مقتضى ظاهر الرواية من اعتبار افتراق المتبايعين معا كما هو الظاهر من
صيغة التثنية الامر الثاني ان مجرد عدم مصاحبة احد المتبايعين صاحبه ليس بافتراق عنه
وذلك لان المفترق حقيقة فيمن باشر الفعل اي الافتراق لتبادره منه وصحة سلبه عن غيره ولو
تسلم صدق المفترق عليهما حقيقة نقول ان كونه ظاهرا فيمن باشر الفعل مما لا ريب فيه
ذو مسكة والمطلق ينصرف الى الفرد الظاهر فالمراد من قوله فاذا افترقا هو مباشرتهما
للافتراق الامر الثالث بناء المفترق على كون افتراقه موجبا للسقوط غير معتبر في تحقق
الافتراق الموجب له فلو افترق من غير بنائه على كون افتراقه موجبا للسقوط خياره بل
مع بنائه على كون افتراقه موجبا لسقوط خياره بل مع بنائه على ان لا يكون خياره ساقطا

لهذا الافتراق من غير تنبانه على كون افتراقه موجبا لسقوط خياره بل خيار صاحبه والدليل على
ما عرفت سابقا من ان افتراق المختار موجب لسقوط الخيار بعد اشتراط شرعا اذا عرفت ذلك الامور
فنقول الحق والاقوى هو القول الرابع فلنا دعويان الاولى بقاء الخيار للمكره والمختار
لو كان باقيا في المجلس والدليل عليه اما بالنسبة الى الاولى فهو الادلة الثلاثة على ان
افتراقه لا يترتب الاثر واما الثاني فلقوله البيعان بالخيار ما لم يفترقا خرج منه عدم حصول
الافتراق منه اذ لا وجه لصدق المفترق عليه الا عدم مصاحبته مع المكره وقد عرفت في الامر
الثاني ان مجرد عدم المصاحبة لا يستلزم الافتراق الثانية سقوطه بالنسبة اليهما لو افترق
المختار عن المجلس غير مصاحب للمكره والدليل عليه اما بالنسبة الى المختار فلقوله فاذا
افترقا وجب البيع خرج منه صدق المفترق عليه فافتراقه يوجب سقوط خياره اذ لا وجه
لعدم ايجابه له الا اشتراط اجتماع المتبايعين في ارتكاب الافتراق وهو مناف لما حققناه
في الامر الاول واما بالنسبة الى المكره فلما عرفت من ان افتراق احد المتبايعين كاف في
سقوط الخيار ولو بالنسبة الى الاخر فافتراق المختار يوجب سقوط خيار المكره ولا
ينافي ذلك ما دل على عدم اعتبار افتراق المكره اذ غاية مقتضاه كون المكره في الافتراق
كالباقي في المجلس ومقتضى ما ذكرناه هو كون الافتراق من احدهما موجبا لسقوط خيار
الاخر ايضا ولو كان في المجلس حاضرا فلا منافاة فتامل ومن هنا ظهر فساد الاقوال
الثلاثة الامر الثالث من الامور التي ينبغي التنبيه عليها انه هل يشترط في عدم ترتب الاثر
على الافتراق على سبيل الاكراه ان يكون المكره في الافتراق مكرها على التكلم ايضا
ام لا بل لو قدر على التكلم بالفسخ ولم يفسخ حال الاكراه في الافتراق يكون خياره باقيا
ايضا اعلم انه لا نزاع في بقاء خيار المكره لو كان مكرها في الافتراق والتكلم كما انه لا كلام
فيما اذا فسخ المكره في الافتراق لو كان قادرا على التكلم انما النزاع فيما اذا كان المكره في الافتراق
مختارا

مختارا في التكلم وقادرا عليه ولم يفسخ حتى خرج عن المجلس مكرها فاختلفوا فيه على قولين
لسقوط خياره بعد عدم فسخه مع اختياره ولو كان مكرها في الافتراق نظرا الى ان سكوته
عن الفسخ مع خياره فيه دليل وقته عليه كاشف عن رضائه بلزوم البيع ورضائه به موجب
لسقوط خياره لما مر مفصلا واجيب عنه بوجوه اجودها ان السكوت اعم من الرضا لجواز
ان يكون مترددا ويخشى الافتراق في لزوم العقد وعدمه ولا ينافيه السكوت فاذا الاقوى
هو القول بعدم سقوط خياره ولو سكت عن الفسخ مع قدرته عليه للادلة الماضية الامر الرابع
في ان الخيار للمكره بعد زوال الاكراه هل يكون فوريا او موسعا ما دام بقاء المجلس الاكراه فيه
قولان قول بفوريته فيسقط بمجرد زوال الاكراه لو لم يفسخ ولو كان المجلس باقيا نظرا الى ان
الاصل مقتضى لزوم العقد مطلقا خرج عنه بالاجماع ما اذا كان المتعاقدان في المجلس و
صغرى فيبقى عنه ما لا كراه بقى الباقي فيه وقول بالتوسعة مستندا اولا بالاستصحاب
نظرا الى بقائه قبل زوال الاكراه قطعا وبعده مشكوك فيستصحب وثانيا ان مجلس زوال
الاكراه اما ان يكون هو المجلس الذي وقع فيه العقد او يكون غيره وعلى الاول لا شبهة في
عدم ثبوت الخيار بقوله البيعان الخ وعلى الثاني فيحكم ايضا بثبوته فيه اذ ذلك المجلس وان لم
يكن مجلس العقد حقيقة الا انه بدل له لان الافتراق الذي حصل بالاكراه لا اثر له فكان مجلس
العقد باق فيثبت الخيار لبقاء بدل مجلس العقد وكل حكم يثبت للمبدل ثابت للبدل وفيه
ضعف بما في الاستدلالين اما الاول وان كان المقام مورده ومجراه الا انه معارض بعمومات
اللزوم المستفاد من الادلة وهي واردة عليه والثاني يرد عليه انه لا معنى لبقاء مجلس
العقد حقيقة بعد زوال الاكراه اذ المراد به ليس المكان الذي وقع العقد فيه حتى يتصور بقائه
بل المراد بقاء مصاحبة المتعاقدين وان افترقا عن المجلس مع بقائهما على الحالة التي اوقعا
العقد على تلك الحالة فيما نحن فيه وان تحقق الجزء الاول اعني المصاحبة الا ان الجزء الثاني منتف لعدم بقائهما

ايضا بما على الحالة التي اوقعا العقد على العقد مستانف لكونهما في حال مختارين غير مسبوقين
بالاكراه ولسنا كذلك بعد زوال فتامل والتحقيق في المسألة ان يقال الدليل على ثبوت خيار
المجلس اما ان يكون هو الاجماع فقط او الاخبار والسجاد الخ ايضا ولا على ثبوته وعلى الاول
لا ريب في سقوط الخيار بمجرد زوال الاكراه فثبوته دونه فوري لانه القدر المتيقن من
الاجماع والدليل على الزائد منه وعلى الثاني فعلى ما حققناه من كون المراد من الافتراق في الخبر
هو الافتراق الاختياري يلزم الحكم ببقاء الخيار ما دام بقاء المجلس فيقرب ان صدر الخبر
هو قوله ما لم يفترقا مضافا اليه لكان مقتضاه ثبوت الخيار لهما للبيعين مطلقا فلو لم يكن ذيل
الخبر وهو قوله ما لم يفترقا مضافا اليه لكان مقتضاه ثبوت الخيار لهما في الازمنة كلها
لكن اطلاق الصدر قد قيد بالذيل فما يصدق عليه الذيل خارج عن الصدر وما لم يصدق
الذيل عليه داخل تحت اطلاق الصدر والمفترق بالاكراه خارج عن الذيل بالمعنى لما عرفت انفا
الامر الخامس لو التزم به احدهما هل يسقط خياره خاصة او لا اقول تنقيح المطلب يقتضي ان نقول
ان الاقسام المتصورة هنا بملاحظة الحق ومستحقه يكون اربعة لانهما اما ان يكونا متحدين
بان يكون احدهما واحدا والمستحق واحدا او يكونان متعددين بان يثبت حقان لمستحقين
بشرط ان يكون كل واحد من احد الحقين مختصا باحد المستحقين والاخر بالاخر او لا يكون
الحق واحد والمستحق متعدد وبالعكس اما حكم الاول فواضح ولا ريب في سقوطه باسقاط
مستحقه كما ان حكم الاخير واضح فيسقط ما اسقطه المستحق ويبقى الباقي والقسم الثالث حكم
عدم السقوط الا برضى المستحق المتعدد ويسقط باسقاط احد المستحقين غير مؤثر في سقوطه
اذ المفروض اتحاد الحق ولا يقبل التبعيض واما القسم الثاني فالحكم فيه عدم سقوط حق احدهما
باسقاط الاخر وحده انما الكلام في كون محل النزاع من قبيل القسم الثاني او الثالث والظاهر
من الخبر هو كونه من القسم الثالث اذ المستفاد منه هو ثبوت حق واحد وهو خيار المجلس للمستحق
متعدد

متعدد وهو البيعان فليحكم فيه بحكم القسم الثالث لا الثاني لكن يمكن ان يقال ان ظاهر اللفظ
وان كان دالا على ما ذكر الا ان العرف يفهمون من الخبر لو عرض عليهم تعدد الحق فيفهمون
منه ثبوت خيار لاحد المتبايعين وآخر للاخر فتامل فان قلت سلمنا تعدد الحق فيما نحن فيه
وعدم سقوط احدهما بسقوط الاخر الا ان هذا الكلام مناف لما يتفرع عليه سابقا من ان
افتراق احدهما موجب لسقوط خياره وخيار الاخر مع انه حق غير مرتبط بالاخر فليحكم بعدم
سقوطه بالنسبة الى المفترق خاصة قلت قد عرفت ثمة ان حكم المزبور لم يكن بمقتضى القاعدة
بل كان بالادلة الواردة عليها ومنها الاجماع المنقول عن الغنية وتلك الادلة فيما نحن فيه
مفقودة ثم هنا فروع الاول انه لو فسخ احدهما واجاز الاخر قدم الفاسخ لان الاجازة
لا تعارض الفسخ حتى يحتاج الى المرجح بل الفسخ يوجب هدم العقد والاجازة فرع ثبوت العقد
فبعد هدمه لا يبقى مورد للاجازة الثاني لو كان المشتري هو البايع بان يبيع من ولده
الصغير لنفسه او بالعكس فالاقوى ثبوت الخيار له لقوله البيعان الخ الثالث لو قام احد المتبايعين
في المجلس بحيث افترق جسما او حال عن صاحبه بخطوة لم يسقط الخيار لعدم صدق
الافتراق حقيقة الرابع لو نام المتبايعان في المجلس انتقل الخيار الى وليهما لكن المعتبر في
السقوط افتراقهما فيبقى بقاء الخيار ما داما مصطحبين فلو اخذ وعسلا او ونحنا
كذلك لم يسقط الخيار ما دام بقاء اصطحابهما وعدم تغيرهما اذ المعتبر في الافتراق هو تفرق الابدان
لا الارواح وفيه تردد الخامس ان من مسقطات الخيار المزبور هو تفرق احد المتبايعين
فيما انتقل اليه لكن ايجابه لسقوطه مشروط بشرائط ونحن نذكر تفصيل الكلام فيه في خيار الحيوان

مسألة لو باع ما يملك وما لا يملك صح

فهل يصح الاول مطلقا وفي الثاني مع الاجازة او يبطل مطلقا او يصح في الاول دون الثاني او
يصح فيهما او يصح لو اجاز المالك في الثاني والا فلا احتمالات بل اقوال والاقوى كما هو المشهور

امع

هو الاول والوجه الثاني الاجماع الثاني الاطلاقات الاولة حلينئذ ونحو عنه وتشخيصه الثالث
ان هذا ينحل الى عقدين احدهما جامعا الشرائط الصحة التامة والاخر لصحة الشرائط الثانية هلينة
فلكل حكمه قلنا ال الرابع ان علل الشرع واسبابها بمنزلة العلل العقلية واسبابها فانتفت فيما كانت
الشرائط متحققة اعني ما يملك لعدم المانع ويتبع مما عداه اعني ما لا يملك موقوفة فاذا تحقق
الشرائط بامرها وان فقع المانع كان فيجوزه فنفى الخاص الاستصحاب بمعنى كان ابتداه
صحيحا فيعد الرد من ما يملك ولا يملك شك في وقوع الصحة فيحكم ببقائها وغيرها لا يخفى والعجب
من بعض المتاخرين حيث تمسك مرمع كونه من منهج الاصوليين وللقول الثاني الاصل وعدم
النقل وانتفاء التراضي لانه وقع على المجموع ومخالفة القصد والجواب عن الاول واضح
وعن الثاني ان ادلة النقل مخصوص في مقابلة الاجماع وهو لا يتاتى فيما نحن فيه كما لا يخفى وقاعدته
النقل وهي مثل الاجماع كما هو ظاهر والاخبار الناهية عن العقود وهي ايضا ظاهرة فيما
لا علم التابع له لا اجمالا وفيما نحن فيه وان لم يمكن لنا علم تفصيلي ولكن العلم الاجمالي متحقق
كما لا يخفى وعن الثالث بان الرضا الضمني متحقق وانما الذي يتبع الرضا المعلق بالمجموع وفيه انه
تابع له وبانتفاع المتبوع ينتفع التابع فالتحقيق في الجواب عنه ايضا ان الرضا متعلق حال
انضمامه مع غيره لا بشرط انضمامه مع غيره وهو من اعلى الشرطية للشك في التقييد وعن الرابع
بان الادلة الدالة على اعتبار القصد لا تشمل ما نحن فيه فتدبر جيد

لو باع فقد تقرر ان البيع بشرط الخيار على ثلثة انواع فان الخيار اما للبايع
او للمشتري او لهما معا فان كان للبايع خيار امتنع من المشتري التصرف بما ينافيه كبيع العين وهبتها
واجارتها ونكاح العبد والجارية فيحتمل التصرف على تصرفه موقوفا ولم يتبع ما ضيا
الا ان يتقدم عليه الاذن من البايع او لحقه الرضا منه فحينئذ يكون نافذا ويبطل خيار البايع ههنا
مقامات

العلامة شرعيه

امع

مقامات الاول امتنع المشتري من التصرفات المذكورة ووجهه ان صحة التصرفات المذكورة
منافية لمقتضى استحقاق الخيار المشترط في البيع فوجب ان يكون ممتنعة اما الاولى فلان
مقتضى استحقاق الخيار على الوجه المذكور ان يكون البيع بحاله يتمكن البايع في كل آن من فسخ
العقد والانتقال بالتسلط على العين من المنفعة تسلطا تاما كما كان قبل العقد في جميع اجل
مدة الخيار المشترط ومع صحة التصرفات المذكورة يمتنع ذلك وبيانه انا لو حكمنا بصحة بيع المشتري
لانتقل المبيع الى المشتري الثاني على وجه اللزوم فلم يكن للبايع حق الفسخ والارتجاع كما كان
له قبل البيع لان العقد لازم بالاصالة حتى لو لم يكن له مانع من اللزوم امتنع فسخه فان قلت
لم لا يجوز ان يقع متزلزلا لابتنائه على عقد متزلزل فيكون متى شاء البايع فسخ العقد
قلت ان العقد الثاني وقع خاليا عن اشتراط الخيار لانه المفروض فان امكن تنفيذه على
حالته تلك بحيث لا يثبت معه خيار ولا ينطوي البيع فتنفيذ عقد نفذ والا لم يقع اصلا اذ لا واسطة
بين الامرين اذا انتفى الاول تعين الثاني ولا ريب ان تنفيذه على حالته تلك بحيث لا يثبت معه خيار
ما هو عليه باعتبار ذاته اعني خاليا عن اسباب الفسخ غير ممكن بالنظر الى حال البيع لتعلق حق
البايع به من حيث استحقاقه فسخ البيع فيه واسترداده لا ثبوت الخيار في العقد الثاني
من حيث كون مورده وهو المبيع متعلق الخيار بالبيع الاول فيرد عليه العقد الثاني بحسب
حالته تلك الامتناع البيع عليه الا كان نظرا الى حق البيع الاول وهو الخيار لانا نقول السبب الناقل
السبب الناقل هو البيع كان ثابتة بحسب حال متعلقه فاذا كان نفس العقد من حيث هو هو
خاليا عن مقتضيات الخيار امتنع ثبوته لان العقد هو المؤثر في المبيع دون العكس فلا
تاثير به ولقوله تعالى اوفوا بالعقود ووجه الاستدلال ان الله تعالى امر بالوفاء بالعقود والمراد
بذلك ترتيب اثرها عليه بحسب حالها وقد توضحنا ان العقد الثاني وقع خاليا عن
اشتراط الخيار واللازم اما نفوذه او بطلانه لانه لما وقع مطلقا وان المحال الذي امر به

امع

تنفيذه كذلك ان امكن لان اثره الذي يراد به الوفاء هو ترتيبه عليه هو هذا والحكم ببطلانه ان
تعذر وانا لا نعني بالباطل الا ما لا يترتب اثره عليه ولا نريد بالبطلان الا كونه كالفضولي
ولما امتنع الاول لان البيع الذي هو متعلق العقد ومورده يمتنع وروده هذا العقد صحيحا
لاستلزامه بطلان حق البايع من الخيار تعين الثاني واما الثانية فلان الوفاء بالعقد الاول
اعني المتضمن لاشتراط الخيار لازم لقوله تعالى اوفوا بالعقود وقد علم ان المراد بالوفاء به
ترتيب مقتضاه بحسب حاله عليه ولقوله عم المؤمنون عند شروطهم الا من عصى الله وهكذا
القول في تصرف المالك العين في كل موضع يتعلق بها حق الاخر كالواقع الراهن فانما حكم بكونه
موقوفا على اجازة المرتهن ولا نقول بمضي البيع ونحكم بصحته لئلا يتسلط المرتهن على الفسخ ما
دام حق الرهانة باقيا وكذا تصرف الورثة في التركة مع الدين قبل ادائه بدون رضا صاحبه
وكذا القول في المفلس لو استقل ببيع ماله نفسه قبل القسمة بين الغرماء اشاطهم ومثل البيع
في الحكم الذي ذكرناه الصلح على المبيع وجعله صداقا في النكاح وعوضا في الخلع ونحوه وهبته
سواء كانت الهبة لازمة ام لا وكذا الوصية به وبالجملة وكل تصرف يقتضي على تقديره نقل العين
الى غير المشتري والمنفعة كالاجارة وما في معناها من الصلح عليها وما جرى هذا المجرى
كجعلها عوضا وشيء من العقود الناقلة وفي حكم نقل العين رهنها وفي حكم نقل المنفعة تزويج
الامة العبد لو كانا مبيعين ولا يستثنى من نقل العين الا العتق كما سنشير اليه اما الصلح على البيع
فظاهر لانه في معنى البيع والمنافاة بين ثبوت الخيار وصحته ظاهرة وكذا القول في جعله صداقا
وعوضا في الخلع ونحوه وكذا الهبة اللازمة لانها مقتضي نقل الملك الى المتهب على تقدير صحتها
وذلك مناف لبقاء الخيار فان قيل لا منافاة لان النقل على وجه غير لازم فلنا بل المنافي موجود
لان عدم اللزوم فيها انما هو بالنسبة الى الواهب والمطلوب هنا عدم اللزوم بالنسبة الى البايع
فان قيل حيث حكم بصحتها مع عدم لزومها بالنسبة الى المتهب فاي مانع من الحكم بعدم لزومها بالنسبة
اا

امع

بالنسبة الى البايع مع كونها صحيحة قلنا عدم اللزوم بالنسبة الى المتهب في الفرد المذكور ثابت
باصل الشرع فوجب الحكم به مع صحتها واما ثبوت الخيار ببيع للبايع معهما فلا دليل عليه بل ههنا ما
يدل على انتفائه وهو عقد الهبة فانه وقع خاليا عن جميع انواع مقتضيات الخيار فان وقع صحيحا
وجب ان يقع خاليا عن جميع انواع الخيار الا ما كان ثابتا باصل الشرع فان قيل خيار البايع ثابت
شرعا قلنا نريد بالثابت باصل الشرع ما اقتضاه الشارع مع ذلك العقد المخصوص والغرض انتفاء
النص في محل النزاع فان قيل الملكان للخيار ثابتا قبل الهبة وجب الحكم ببقائه بحكم الاستصحاب
فيكون المثبت له سببا اخر غير العقد قلنا صحة الهبة تقتضي تمكن المتهب على اتلاف العين وذلك ينافي بقاء
خيار البايع فاما ان نقض الهبة ويسقط الخيار او يبقى فتكون الهبة غير صحيحة لامتناع نفوذها
على وجهها مع بقاء الخيار ولا نعني بغير الصحة الا ذلك فان قيل فكيف صحت مع خيار الواهب قلنا
هذا الخيار معد من اثار عقد الهبة ومقتضياته فليس منافيا للباقي في اثار هذا العقد فان المتهب معه ان
يتلف العين ويتصرف فيها بنقل وغيره وان لم يكن باذن المتهب ومع فقصر الهبة لازمة فهذا خيار
يتمكن المتهب من اسقاطه بنفسه استقلالا وليس خيار البايع بهذه الحالة فيمتنع ثبوته مع الحكم
بصحة الهبة ولما امتنع ثبوته بمجرد تصرف المشتري كان فيه خروج عن الشرط في عقد البيع وجب القول
بفساد الهبة واما الوصية فلانها لو صحت لتسلط الموصى له على القبول بموت الموصي وصار وما لكا لحكم
الوصية مسلطا على جميع التصرفات وذلك مناف لبقاء الخيار فامتنع الحكم بصحتها واما رهن العين
فانه يثبت حقا لازما للمرتهن يقتضي تسلطه على بيعها واخذ دينه من قيمتها وذلك ينافي بقاء خيار
البايع فوجب الحكم بعدم صحته واما الاجارة فلانها تقتضي نقل المنفعة الى المستاجر مدة معلومة وذلك
ينافي بقاء خيار البايع لانه مقتضى بقائه ان يكون البايع في جميع الازمان الخيار متمكنا من
الفسخ واسترداد العين مع المنفعة كما جرى عليها عقد البيع فان قيل المنفعة في زمان الخيار ملك
للمشتري فله ان يتصرف فيها كيف شاء فيستوفيها بنفسه وبغيره وان يسلط الغير عليها بعارية
العين ونحوها فلا مانع من نقلها الى الغير بعقد الاجارة لانه انما يتصرف فيما هو حق له قلنا اما كون

المنفعة فى زمان الخيار ملكا للمشترى فى الجملة فصحيح بناء على القول السابق لكن لا يلزم ان يجوز له فيها جميع التصرفات لان ملكه اياها كملكه للعين ملك غير مستقر بل هو متزلزل قابل للزوال بفسخ البايع العقد المقتضى للخيار ثابت له فيجوز له بعض التصرفات مما لا ينافى الخيار المذكور كاستيفائها بنفسه او بوكيله واستيفاء المستعير منه ونحو ذلك لان شيئا من ذلك لا ينافى خيار البايع بحال من الاحوال فاما نقلها الى الغير بعقد الاجارة ونحوه فانه لا يصح كما لا يصح نقل العين لتعلق حق البايع من حيث الخيار بكل منهما فان قيل ان عقد البيع انما يجرى على العين دون المنفعة فلا تعلق له بها والخيار انما هو فى البيع دون غيره فلا يكون فى المنفعة خيار قلنا عقد البيع وان جرى على العين الا انه انما يجرى عليها من حيث المنفعة وباعتبارها ولهذا كانت صحة بيع الخيار وابقى على كونها منتفعا بها انتفاعا محللا وتفاوتت الاثمان والقيم بتفاوتها قلة وكثرة فمن ثم وقع الاختلاف فى صحة بيع بعض الاشياء الذى ورد فى كونه منتفعا به وعدمه ومنع للعبد الموصى بمنافعه ابدا ولما كانت منفعة العتق باقية مع نفوذ الوصية المذكورة وهى من اكثر المنافع صححنا بيعه وبظهر من هذا ان محط نظر المتبايعين فى البيع مع العين المنفعة فهى داخلة فى البيع على جهة التبعية فكما تعلق الخيار المشترط بالعين كذا يتعلق بالمنفعة تبعا فيجب ان يكون البايع فى جميع الاوقات متمكنا من فسخ البيع والرجوع الى كل من العين والمنفعة على حسب الشرط ولو جوزنا الاجارة المذكورة وحكمنا بصحتها امتنع رجوعه الى المنفعة فيرجع الى العين بدون المنفعة وذلك اختلال مقتضى الخيار على ان بديهة العقل قاضية ببطلان ذلك فان المشترى لو اجر العين مدة طويلة كان فائدة فسخ البايع بالخيار ورده للثمن وصيرورة مالك العين يراها من بعد فى يد الغير وذلك اوضح فسادا من ان يحتاج الى البيان فان قيل لم لا يصح الاجارة والتسلط على فسخها قلنا قد اجبنا عن هذا غير مرة فان عقد الاجارة الجوهر اشتراط الخيار ومقتضاه اللزوم مطلقا فان امكن ذلك وقع صحيحا والا كان باطلا ولما كانت صحته كذلك ممتنعة لمنافاتها استحقاق الخيار امتنع القول بصحته فوجب ان يكون كالفضولى واما تزويج الامة فلان يقتضى استحقاق منافع

الضع

البضع وملكية الزوج اياها الوضع وهى اكثر منافعها لكان كالاجارة وابلغ واقاق العبد فلانه على تقدير الصحة يقتضى شغل ذمته بحقوق الزوجة وصرف كثير من منافعه اليها وبين تزاحم حقوق السيد ويخل بكثير من المنافع المقصودة اذا تقرر هذا فاعلم انا لم نقف فى هذه المسئلة على خلاف لاحد من الاصحاب وبعض كلامهم صريح فيما قلناه وقال العلامة فى كرة مسئلة لو اعتق المشترى باذن البايع فى مدة خيارهما او خيار البايع نفذ وحصلت الاجازة من الطرفين الا ان قال ولو باع او وقف او وهب واقبض بغير اذن البايع فالاولى الوقوف على الاجازة ويكون ذلك اجازة قال الشافعى لا ينفذ شئ من هذه العقود وهل يكون اجازة قال ابو اسحاق منهم لا يكون اجازة لان الاجازة لو حصلت لحصلت ضمنا بالتصرف فاذا الغى التصرف فلا اجازة وقال بعضهم يكون اجازة لدلالته على الرضا والاختيار وهو الاصح عندهم كما اخترناه وقال فى القواعد ولو باع المشترى او وقف او وهبه فى مدة خيار البايع او هما لم ينفذ الا باذن البايع صرح بان الاجارة والتزويج كالبيع وكذا فى كرة وقال الشيخ فى ط فى باب الخيار فاما اذا اتفقا على التصرف فيه ونراضيا عليه فان اعتق المشترى او باع فى مدة الخيار وباذن البايع او وكل المشترى البايع فى عتق الجارية او بيعها فان الخيار ينقطع فى حقهما ويلزم البيع وينفذ العتق لان فى تراضيهما بذلك رضا بقطع الخيار ووقوع العتق والبيع بعد ذلك هذا كلامه وفيه دلالة على ان مجرد اذن البايع العتق والبيع بالوكالة فى غير المشترى يتضمن الرضا بلزوم العقد المقتضى لخيار فيسقط خياره وقوله ووقوع العتق والبيع بعد ذلك سقوط خيار البايع برضاه الذى استلزمه قبول الوكالة منه فى التصرف والعمل بمقتضاها وفيه ايماء الى ان ثبوت الخيار مناف لوقوع العتق والبيع فان قيل قد قال قبل هذا بنحو من صحته فاذا ثبت ذلك فلا يخلو اما ان يتصرف المشترى فيه او لا يتصرف فيه بالهبة والعتق والتمليك او غير ذلك لزم العقد من جهته وبطل خياره ونفذ تصرفه وكان خيار البايع

باقيا وهذا يدل على صحة تصرف المشترى مع بقاء خيار البايع قلنا ليس المراد بنفوذ تصرف المشترى صحته من طرف خاص فلا يتمكن من فسخه وابطاله بحال فلو اجازه البايع او انقضت مدة الخيار ولم يفسخ البايع كان ذلك التصرف ماضيا لازما وهذا مثل قولهم فيلزم قبله لزم العقد من جهته ويبطل خياره اى لزم عقد البيع المشتمل على الخيار لكل منهما من جهة المشترى وليس المراد نفوذه من طرف المشترى والبايع معا ولا فى العبارة ما يدل على ذلك ولو حمل كلامه على هذا المعنى الظاهر لو بد له عليه دليل لفسد قوله ووقوع العتق والبيع بعد ذلك لانه على ذلك التاويل يجب ان يكون وقوعهما غير معتبر بعد سبق رضاء البايع المسقط لخياره مستند ذلك كلامه هنا استثنى جماعة من الاصحاب وغيرهم عدم نفوذ تصرف المشترى فى المبيع اذا كان للبايع خيار عتق المشترى المبيع لو كان مملوكا فحكموا بنفوذه محتجين بانه مالك فان الاصح ان المبيع ينتقل بالعقد الى ملك المشترى ولا يتوقف على انقضاء الخيار ولو كان العتق مبنيا على التغليب ولهذا يؤثر فى ملك الغير بالسراية ولا يتعلق حق البايع من جهة الخيار الا قد اضعف من حق الشريك وقد صرح العلامة فى كرة فى غير موضع بان هذا هل يبطل خيار البايع ويكون كالو تلف المبيع ام لا وجهان يلوح من التحرير اختيار الاول ووجه ان فيه جمعا بين الحقين فاذا فسخ البايع اخذ القيمة وقال جمع بعدم الصحة العتق كغيره من التصرفات كالبيع ونحوه صيانة لحق البايع من الابطال ويمكن الفرق بين هذا وبين السراية بان سريان العتق الى ملك الشريك تابع لنفوذ العتق فى ملكه الذى لا حق للغير فيه فلما ثبت العتق فى ملكه تحقق السراية بخلاف ما هنا فان حق البايع متعلق بمجموع المبيع ولا دليل على ابطاله على هذا فلو اجاز البايع فتوى الحكم بالنفوذ وجهان احدهما النفوذ لحصول المقتضى وهو صدور العتق من مالك جائز التصرف وانتفاء المانع اذ ليس الا حق البايع وقد زال برضاه والثانى العدم فيبطل لان العتق لا يقع الا منجزا ولا يقف على الاجازة الثانى لو باع المشترى فى زمان خيار البايع المبيع بخيار لنفسه

فهو كما لو باع بدون خيار لان فعل المالك يحصل بذلك وهو مناف لاستحقاق البايع فان المستحق فى العوضين متغاير وكذا لو وهب ولم يقبض فان عقد الهبة وان لم يستقل بنقل الملك من دون القبض فانه جزء السبب فلو صح لكان متى انظم اليه القبض افاد نقل الملك وهو ممتنع مع خيار البايع فلا يكون صحيحا ولو باع وشرط الخيار للبايع بقدر خياره فى البيع الاول بناء على جواز اشتراط الخيار لاجنبى امكن القول بالصحة لان المشترى مالك وانما منع من البيع لحفظ حق البايع وباشتراط الخيار له على الخيار انتفى المانع فتعين القول بالصحة ويحتمل العدم لان صحته تقتضى او ازيد وهو تسليم الثمن الى المشترى الثانى مع الفسخ واسترجاع المبيع وربما كان فيه مشقة وقد الى خصوصه فان الناس مختلفون فى المعاملة الثالث لو كان فيمتنع من نقله مطلقا الا باذن البايع وخاء لحق الخيار المشترط فى البيع المبيع فى الصورة المفروضة فلا يستحق منفعة مدة الخيار او ازيد باجارة او وصية ونحوهما للمشترى او غيره امكن القول بجواز اجارة مالك المنفعة اياه باخر من غير اذن البايع اذ لا تعلق للبايع بالمنفعة ولا حق له فيها فلمالكها ان يسلمها الى من شاء واذا فسخ البايع فى موضع الفسخ عاد اليه ملك العين ولو بقى من مدة الاجارة بقية فهى للمستاجر ويستحق اثبات اليد على العين لاستيفاء المنفعة فربما كان البايع عند الفسخ وانقضاء المدة محتاجا فى انتزاع العين من يد المستاجر الى مشقة لاختلاف الناس فى المعاملات ان قيل منع المشترى من التصرفات الناقلة للعين او المنفعة فى زمان الخيار والمشترط للبايع قد وضح حكمه فكيف الحكم فى باقى الاقسام الخيار قلنا يحتمل عدم الفرق فيمنع من التصرفات الناقلة ما دام خيار البايع ثابتا محافظة على بقاء حقه ويحتمل الفرق بين المشترى وغيره لان بالاشتراط اكد اللزوم لحفظ العين والمنفعة الى حين الفسخ بحيث يرجع اليهما اذا فسخ بخلاف غيره من اقسام الخيار لان ذلك ثابت باصل الشرع من غير ان يلتزم المشترى وقد تعاقدا البيع على ان

على ان يكون للمشتري كل تصرف غير محجور عليه في شيء من التصرفات والغرض ان المبيع في زمان
الخيار ملك للمشتري والناس مسلطون على اموالهم فيثبت هذا الحكم مستصحبا الى انتفاء الناقل عنه
والمنافي له في فسخ البائع شيء من الاسباب فالعين باقية اخذها وان تلفت او تعلق بها
حق ثالث ببيع ونحوه رجع الى قيمتها وبمثل الفرق بين خيار المجلس وغيره من وجهين احدهما
ان تسليط البائع المشتري على جميع التصرفات في المبيع يجتمع مع علمه بثبوت خيار المجلس له
بخلاف غيره من اقسام الخيار فان خيار الغبن مثلا اذا كان له من المعلوم اقدم على ثبوت مقتضيه
لم يرض بشيء من تصرفات المشتري الناقلة للعين او المتلفة لها وكذا خيار الرؤية ونحوهما
الثاني ان سقوط حق البائع من خيار المجلس بيد المشتري فانه منوط بالتفرق ولو من قبله
وهو قادر في كل آن عليه واقدام البائع اياه على اسقاط خيار البائع لو اراد ذلك لم يكن من
اسقاط خيار البائع باختياره بالضرورة ولا يحضرني الآن احد في ذلك كلام **المقام الثالث**
من المقامين اذا وقع من المشتري شيء من التصرفات المذكورة مستندا باذن البائع فيها قبل انشائها
اجازته اياها بعد بطل خيار البائع وكذا لو اذن له في شيء منها فلم يفعل بطل خياره ايضا
لا نعلم في ذلك خلافا ووجهه مع الاجماع تزلزل العقد المذكور بسبب ثبوت الخيار وحق للبائع و
اعتضاده ونقله من التزلزل الى اللزوم بيده ويكفي فيه كلما يدل على رضاه قطعا لان ذلك كاف
في تنفيذ المالك العقد الفضولي قطعا فهذا اولى لان الفضولي اضعف من ذي الخيار لانتفاء ترتب
شيء من آثار العقد في الاول بخلاف الثاني ولا ريب ان الاذن في التصرف المانع من بقاء الخيار
اعني الناقل للعين او المتلف على ما قدمناه يقتضي الرضا بالبيع المذكور اعني نفي الخيار فيجب
ان يحصل الوجوب ترتب الاثر على المقتضي له عند حصوله ولو كان التصرف الواقع بالاذن من
جنس التصرفات اللازمة لذلك وقوعه على سقوط خيار البائع من وجه آخر وهو وجيه وهذا
عند ان زمان الوجود المقتضي وهو صدوره من اهله في محله لان المفروض سلامته من المعارض اذ ليس

منافاة

منافاة لحق البائع اعني خياره وقد سقط اعتباره بالاذن الصادر منه فوجب ان يعمل المقتضي
عمله واذا وقع لا ذلك امتنع فسخه ونحوه فلا يبقى للبائع خيار لان بقاء الخيار
وامتناع الفسخ لا يجتمعان كما ان ورايه السكوني
عن الله تم ويدل على ذلك

تم كتاب النبع آلي
لخيارات
والحمد لله
على اتمامه

كتاب الضمان

كتاب الضمان وهو مأخوذ من الضمن لانه يجعل ما كان في ضمنه ذمته من المال في ضمن ذمة اخرى
او لان ذمة الضامن تتضمن الحق بمعنى اشتمالها عليه ومن هذا الباب النهي عن بيع المضامين اي ما في اصلاب
الفحول فالنون فيه اصلية فمعنى قولهم ضمنت الشيء ضمانا كفلت به فانا ضامن وضمين وقد يتعدى بالتضعيف
فيقال ضمنته المال اي الزمته اياه وقيل ان الضمان مشتق من الضم والنون فيه زائدة لانه ضم ذمة الى
ذمة في تحمل المضمون له في المطالبة ولكن الاصح هو الاول لوجوه منها وجود النون في جميع تصاريفه من ماض
او مضارع وامر وتثنية وجمع ومنها دعوى اشتقاق ما فيه النون في جميع تصاريفه مما هو خال عنه كما هو غير
معقول جدا ومنها ان ضمان النفس يمكن توجيهه على مذهبنا ويحتاج على مذهبهم الى التكلف الشديد ومنها
ان ضمان المتلفات من نفس ومال فانه يناسب المختار كما لا يخفى ومنها قوله الزعيم غارم فقد قال الشهيد
كما هو المحكي عنه ان ظاهره اختصاصه بالغرم اذ هو خبر في معنى الانشاء ثم ان هذا النزاع نشأ من الخلاف
في المحكم او العكس وجهان وتظهر الثمرة بين القولين في مسائل ستشير اليها وكيف كان فهو اصطلاحا كما
على القواعد وفتح وصد وجرح لك وظاهر جمع القائلين والضمان هنا عبارة عن عقد شرع للتعهد
بمال او نفس واثر العقد اعني به نفس التعهد او غيرهما على حسب ما عرفت البحث في كتاب البيع ثم ان التعهد بما
لمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لا يكون فههنا ثلثة اقسام التعهد بالنفس وهو
الكفالة والتعهد بالمال ممن ليس عليه وهو الضمان بالمعنى الاخص الذي يدخل فيه ضمان الاعيان و
التعهد بالمال ممن عليه مال وهو الحوالة ولكن في شمول الحوالة على البريء بهذا التقسيم اشكال على
الوفاق او مبني على اعتبار هذا القسم من الحوالة والامر في ذلك سهل كما ان الامر في اختلاف الاصحاب في
ان اطلاق لفظ الضمان على الاقسام الثلثة المذكورة حقيقة كاطلاق انسان على زيد وعمرو وبكر او لا
بل يكون اطلاقه على ضمان المال حقيقة وعلى الكفالة والحوالة بطريق المجاز وعلى الاول هل هو مشترك
لفظي بينهما كما هو مختار السيد في مفتاح الكرامة او مشترك معنوي كما هو مختار الاكثر ايضا والامر سهل
وعلى كل حال فالقسم الاول ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال وهو المسمى بالضمان بقول مطلق
الذي هو المعنى الحقيقي المتبادر عند الاطلاق وما تقدم سابقا من تقسيم الضمان الى الاقسام الثلثة

لا ينافي ذلك انه يمكن بحسب المعنى المجازي بالعارض وان كان هو في الاصل للمعنى الحقيقي الا انه
مجاز او انه على جهة الاشتراك اللفظي بين المعنى العام والخاص والاستعمال مشترك واحد قرائن تعيين
الثاني عند الاطلاق او انه باق على الاشتراك المعنوي الا ان الاشتهار قرينة على ارادة تعيين الا
خص عند الاطلاق لكن في المسالك انه حقيقة ايضا بالنسبة الى مطلق الضمان وان كانا اي الحوالة و
الكفالة مجازين بالنسبة اليه بالمعنى الاخص نحو ما قيل في تقسيم مطلق الماء الى المضاف والمطلق وان
كان الاول مجازا بالنسبة الى الماء المطلق وفيه ما لا يخفى ان لم يرجع الى ما ذكرنا من منافاته للاصطلاح
وكونه فردا حقيقة للمعنى المجازي لا يقتضي اطلاقه عليه حقيقة كما هو واضح ومطلق الضمان انما هو
مفهوم لا لفظ خاص والكلام في لفظ الضمان عند الاطلاق ولعله لذا قال بعد ذكر ما سمعت وفيه
بحث وعلى كل حال فيه بحوث ثلثة الاول البحث في الصيغة وفي اعتبار لفظ خاص فيها وعدمه قد
تقدم البحث فيه في الكتب السابقة ويأتي ان شاء الله بعض الكلام فيه الاول في الضامن ولا بد ان
يكون مكلفا لما عرفت مرة من سلب عبارة غيره بل لا بد مع ذلك ان يكون جائز التصرف الا ان التامل
للمقام وح فلا اشكال في انه لا يصح ضمان الصبي ولا المجنون ولو مع اذن الولي بلا خلاف
في ذلك ولا بالحجر عليهما وحديث رفع كما عرفت والحاصل انه لا اشكال في ذلك انما الكلام والاشكال
في المقام فيما لو اختلف الضامن والمضمون له في وقوع الضمان من الضامن حال الصبا او حال
الكمال والبلوغ فادعى الضامن انه وقع منه حال كونه صبيا فيكون الضمان باطلا وادعى المضمون
له انه وقع منه حال كونه بالغا فيكون الضمان صحيحا قال في محكي التذكرة ان عينا للضمان وقتا لا
يحتمل فيه عدم قول الضامن محتجا بحصول العلم بعدم البلوغ ولا يحتاج الى اليمين نظرا الى
انما تثبت في المحتمل وان كان الصغر غير محتمل قدم قول المضمون له من غير يمين محتجا بالعلم بصدقه
وان احتمل الامران او لم يعينا وقتا في محكي القواعد وكره تقديم قول الضامن نظرا الى اصالة البراءة
واصالة عدم البلوغ فيستصحب والاقرب هو تقديم قول المضمون له مطلقا نظرا الى انه مدعي الصحة
وموافق قوله لاصالة الصحة فيقدم لتقدمها على سائر الاصول في مقام التعارض كما حقق في محله

اللهم الا ان يقال بعموم قوله البينة على المدعي واليمين على من انكر يقتضي تقديم قول الضامن فتدبر جيدا وكيف
كان لو ضمن المملوك الا باذن مولاه ففيه خلاف فقد منعه جماعة من اصحابنا منهم الشيخ والفاضل في بعض كتبه والشهيد
والكركي على ما حكي عنهم اقوال الظاهر انه لا كلام ولا خلاف في صحة الضمان من المملوك ان كان ذلك باذن
سيده كما يجيء بيانه انما الكلام والاشكال فيما لو كان ذلك منه بدون اذن سيده اختلف الاصحاب
في ذلك على قولين الاول وعليه الاكثر والاشهر بل الظاهر انه لا يصح بمعنى عدم تعلق ذمته بشيء بمجرد قوله
ضمنت وبه قطع المص هنا من غير نقل خلاف والشهيد في المسالك بل وهو مرادهم بعدم الصحة عدمها
مطلقا ولحقته الاجازة او عدمها اذا لم تلحقه الاجازة فاما اذا لحقته الاجازة فالحكم هو الصحة كما
احد صرح بذلك وما يظهر من كلماتهم في المقام هو الاول ولكن الاصح هو الثاني كما سيظهر وجهه في
ضمن الاستدلال على المطلوب الثاني انه يصح وهو المحكي عن كره وتح وبعض الاخر والظاهر ان مراد القائل
بالصحة هو صحة الضمان من العبد وان لم تلحقه الاجازة بل وان منع المولى كما يظهر في الاستدلال لهم
كما ان الظ صحة عتقه في مواضع اخر لو باشر للغير للسيرة على عدم المنع منه بل يحتمل ذلك وان نهاه
السيد فانه انه اثم وهو لا يقتضي الفساد بالنسبة الى ترتب الاثر وعلى هذا فمرادهم بصحة الضمان بدون
اذن سيده هو ان ذمته مشغولة ويتبع به بعد العتق كما لا يخفى وكيف كان فقبل الخوض في ادلة
الطرفين لا بد لنا من بيان منشأ الاختلاف بين الاصحاب في تلك المسألة فنقول يحتمل ان يكون
نزاعهم في الموضوع بمعنى ان خلافهم انما هو في ان نحو هذه التصرفات الصادرة من العبد هل هو تصرف
في ملك المولى حتى يكون ممنوعا لمنع التصرف في مال الغير بدون اذنه او لا حتى يكون ممنوعا ويحتمل
ان يكون نزاعهم في شيء اخر بعد الاتفاق بان هذا تصرف في ملك المولى بمعنى ان خلافهم انما هو في ان
هذا التصرف في ملك المولى هل هو موجب لاثبات مال في الذمة بعقد فلا يجوز لكونه مستلزما
للضرر على المولى او لا وان كان موجبا لثبوت المال في ذمة العبد الا انه ليس موجبا للضرر والمولى
بتعطله عن خدمته ضرورة انه منتف لان استحقاق المطالبة بما يستقر في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه
كما لو استدان بغير اذن سيده وكيف كان كل محتمل في كلام الاصحاب والاظهر هو الاحتمال الاول وح

الاظهر في النظر هو القول الاول بعدم صحة ضمان العبد اما على القول بانه لا يملك فواضح واما على
القول بجواز تملكه فلوجوه منها الاصل ومنها ظهور بعض عبائر الاصحاب في عدم الخلاف ومنهم المحقق
هنا ومنها كونه محجورا عليه لعموم ادلة الحجر ومنها ان العبد لا يقدر على شيء كما وصفه الله تعالى
في كتابه العزيز بقوله عبدا مملوكا لا يقدر على شيء فانه يدل على سلب قدرة العبد عن كل الاشياء
التي من جملتها الضمان ويؤيده ما ورد من النصوص الكثيرة الدالة على منعه من التصرف في غير المال
عنه فيعلم انما مضافا الى ظهور اللفظ في نفسه عدم اختصاص النفي بالمال فدعوى ان المراد بالشيء
المال بقرينة قوله تعالى فيما بعد ذلك رزقا حسنا فلا يشمل ما نحن فيه فاسد اولا لما عرفت من ان
تخصيصه بالمال مناف للعموم المستفاد من ذكر النكرة في سياق النفي وان في بعض النصوص الاستدلال
بهذه الآية بمنعه عن التصرف في غير المال ايضا كالنكاح والطلاق فيثبت عموم الآية التي هي العمدة في
الدلالة على المطلوب في هذا المقام وقد اورد على الاستدلال بهذه الآية بانها منافية بما يلزم
في ذمة العبد فهو اعوض ما اتلفه او غصبه او جنايته وفيه اولا لو سلمنا المنافاة الا ان خروج بعض
افراد العام منه بالدليل لا يوجب سقوط حجيته في الباقي كما بيناه في محله وثانيا منع المنافاة
لعدم كون ذلك من قدرته وانما هو من جعل الشارع ولا اقل من الشك لذلك في تناول
العموم لمثله فيبقى اصالة بقاء الحق على حاله وتوضيح هذا الجواب انه فرق بين عدم القدرة
على شيء وبين تعلق شيء بشيء وما استفيد من الآية هو ان العبد لا اختيار له في وجود شيء
على نفسه او رفعه عنها وهو غير مناف مع تعلق الضمان به اذ التعلق اعم من ان يكون باختيار
العبد او بغير اختياره وفي الموارد المزبورة وان حكموا بكونه ضامنا فيها الا ان الضمان هنا ليس
اختياريا بل هو من مجعولات الشارع والحاصل ان الايراد المزبور ليس في محله نعم يمكن ان
يناقش في الآية المذكورة من حيث اجمالها ولا لمثل ما يقرب انه انما يمكن حملها على ظاهرها
للاتفاق على قدرته على جميع العبادات الواجبة ولو بدون اذن سيده والمعاملة والعبادات
المندوبة باذن سيده فاذن فلا بد من ارتكاب التأويل فيها ولا دليل على ان التخصيص واقرب

الثاني بل الاقوى هنا عدم جواز استلزامه خروج اكثر افراد العام في بلزم ارتكاب تاويل اخر في الوثيقة
ولم يحقق تاويلا اخر يكون اقرب الوجوه وبجمع معه الاستدلال فيكون الاية مجملة فلا يصح الاستدلال
بها مع كون تعاليك ولكن فيه انه يمكن دفعه اولا بمنع كونه من قبيل تخصيص الاكثر بحسب الشخص وان كان
الخارج بحسب النوع الاكثر والمحال انما هو الاول لا الثاني وثانيا بناء على فرض التسليم يمنع كون تخصيص الاكثر
قبيحا او مرجوحا مطلقا كما يثبت في محله فتدبر وقد يستدل لاثبات المطلوب من عدم جواز ضمان
العبد بعدم جواز نكاحه لاستلزامه تعلق المهر بذمته فكما لا يجوز نكاحه للمذكور فكذا لا يجوز ضمانه
لغير ما ذكر وفيه مع كونه قياسا باطلا فلا نمنع كون المانع من النكاح هو اثبات المال في الذمة
بل المانع فيه التصرف في مال الغير بغير اذنه كما مر ذكرنا آنفا مع انه ينتقض بعوضه الجنع ثم ما
استدل لبعض الاصحاب في المقام بقوله لا ضرر ولا ضرار ظاهر حزوته كون ضمان العبد ضررا على المولى
لو تبع عن وجه ضرورته ان ذلك قد يوجب ضررا قطعيا على المولى بان يقوم العبد اذا صار معتقا او
ولم يكن له وارث فوارثه المولى وماله ماله فجواز ضمانه مع حين كونه مملوكا بدون اذن سيده
مستلزم للضرر عليه لو مات بعد عتقه كذلك لكن مع ذلك في هذا الاستدلال نظر بين اذ الضرر
المنفي هو الضرر الوارد على المولى ما دام كون العبد مملوكا فلو كان من جهة ملكيته والا فلو كان اشكال
ذلك الضرر منفيا ايضا يلزم عدم جواز ضمان الحر لاستلزامه الضرر على الوارث لو مات وهو كما ترى
وبالجملة المانع هو ما اشرنا من كونه لا يقدر على شيء وتخصيصه بالمال لا دليل عليه فلا يستقر بدون
شيء بدون اذن مولاه واما القائلون بالصحة فقد استدلوا بوجوه ضعيفة اقواها العمومات
الشاملة عن صدر الملكية المقتضية للمنع من التصرف المنافي لحق المولى ضرورة انه على الصحة يتبع
به بعد العتق وهو غير مناف لشيء من حقوق السيد وفيه ان نفي القدرة على شيء اعم من ذلك لا يعم اذ اذن
مولاه صح عنده ان في محل البسط بل نقول واحدا في حكم كثير العمومات بعد معلومية وجود الذمة القابلة
لذلك بدليل ثبوت عوض ما اتلفه من المال فيهما والظاهر انه لا كلام فيه كما انه لا خلاف فيه في الجملة
بل الكلام والخلاف انما هو في كيفية تعلق ذلك ايحصل التعلق بكسبه كما هو محكي في قول الشافعية او بال

ام ع

او بال من اموال المولى كما هو مختار المالك والمحكي عن الاسكافي وصد او في ذمته ويتبع به بعد العتق كما
هو مقتضى قول المة ويتبع ما ضمنه باذن المولى في ذمته او في كسبه بل هو جزء الفاضل في جملة من كتبه
والشهيد في اللمعة كما مر المحكي عنهما وكيف كان الاقوال في المسئلة ثلثة وربما قيل ان المسئلة مبنية على
مسئلة الاستدانة فان قلنا بان الاستدانة في ذمة المولى فكذلك الحكم هنا وان قلنا بانها في ذمة العبد
فكذلك هنا ايضا ولكن هذا الابتناء ليس في محله اصلا اولا فلكونه قياسا وثانيا كونه مع الفارق لان
الاذن في الاستدانة تقتضي ملكية المال المستدان على ان يحال صاحبه مثلا او قيمته بخلاف المقام
الذي لا مال اصلا فتدبر ثم اذا عرفت ذلك فاعلم ان الاحتمال الذي ذكره المصنف هنا واختاره ضعيف جدا
لان الظاهر والمتبادر من قوله اذن له في الضمان خلافه فالارجح والاظهر بين الاحتمالين الاخيرين ولا
يبعد اقوائية القول بتعلقه بالكسب ان ثبت دعوى ان المفهوم من الاذن وان كان مطلقا هو وفاء
الدين من اموال المولى اعني من الكسب للعبد وليس ببعيد بل قد يستدل الترجيح باولوية وفاء الدين
والمطالبة بترجيحها على ما دل على تسلط السيد على عبده باعتبار حصول الاذن منه المقتضي لرفع
الحجر عنه وحيرورته بهذا كالحر المعسر يجب عليه التكسب في وفاء دينه ومن هنا ظهر ضعف ما يظهر
من المك وغيره من بعض الكلمات التي ذكرها في المقام حتى ما ذكره بلا ملاحظة من ان الاذن اعم في الضمان من
الاذن في الوفاء من كسبه الذي هو احد اموال السيد بل اقصاها صيرورة ذمة العبد قابلة لثبوت ذلك
فيها اذ هو جيد مع تصريح المولى بذلك اما مع الاطلاق فالمفهوم عرفا تبعية خطاب الوفاء
المطالبة لها على الوجه الذي ذكرناه هذا كله مع الاطلاق اما مع اشتراط ان يكون في كسبه فلا
اشكال في الصحة كما لو شرط الضمان من مال بعينه كما اشار اليه العلامة بقوله الا ان يشترط في الكسب في
الضمان باذن مولاه بلا خلاف اجده في ذلك لان كسبه مال مخصوص من اموال السيد فيكون كما
لو شرط الضمان في ماله بعينه الذي باذن ذكره والاستشكال فانه الكسب ليس من اموال العبد و
يتعلق بذمته فهو كالضمان في مال الغير باذنه او بان الكسب ليس مالا موجودا وانما هو
آنا فآنا فاسد اما الاول فلان الاذن المزبور كالاذن في ادهان مال الغير ولا مانع من الصحة

ام ع

واما الثاني فبان عدم وجود الكسب في الخارج لا يمنع من تعلق المعاملة به والا لما صح جملة من
المعاملات التي تقع على المنافع المتجددة على ان الدين هنا تعلق بالذمة وانما اشترط الاداء من مال
مخصوص وان تجدد بعد ذلك ولا مانع منه بعد شمول عموم ادلة العقود له غير انما كان المانع عنه الحجر
وبعد الحجر ودفعه كالحر المعسر في ما يؤخذ منه من كسبه وح فان وفي كسبه بمال الضمان قبل عتقه
فهو والا بقي عليه او اخذ من كسبه او غيره بما يحصل له بعد عتقه لكن في المسالك فان وفى كسبه بمال
المضمون الضمان فقد تم للمضمون له حقه والضائع عليه ما هو فتدبر ثم هنا امران ينبغي التنبيه عليهما
الاول انه لو اعتق العبد قبل امكان تجدد شيء من الكسب فهل يبقى التعلق ويتعلق الضمان بذمته
المولى او يبقى متعلقا بكسب العبد او يبطل الضمان بمجرد العتق لفوات المحل المعين لا دائرة المال لا
الاطلاق الى الكسب الذي هو ملك المولى وقد فات وجوه واحتمالات بل اقوال ومثل ذلك
الفرع الاخر وهو انه لو مات العبد بعد ضمانه في كسبه ولكن يظهر تحقيق هذا المطلب ويظهر في
ضمن تنبيه ما سيأتي من انه لو ضمن بمال معين ثم تلف فانتظره الثاني هو انه اذا ادى العبد مال
الضمان فهل حق الرجوع له او لمولاه فصل في محكي التذكرة بانه اذا ادى العبد مال الضمان حال الرق
فحق الرجوع للسيد لانه ادى من مال السيد كان من رقبة العبد او مما في يده او كسبه وان اداه بعد
عتقه فحق الرجوع للعبد لانه اداه من ماله ولو قلنا انه اذا ضمن باذن سيده تعلق الضمان بذمة
السيد او بكسب العبد فالا قرب ان حق الرجوع للسيد ابدا وهو تفصيل حسن وكذا اني يثبت في
مال خاص لو شرط ان يكون الضمان من مال معين بلا خلاف اجده في ذلك اي في صحته لعموم
المضمون وغيره ويتعلق حق المضمون له لكن في انه وغيره هل هو تعلق الدين بالرهن او تعلق الارش
بالجاني وجهان وتظهر الثمرة بين الوجهين في صورة تلف هذا المعين فان قلنا بان تعلق حق المضمون
له بمال الضامن من قبيل الاول فلازم علينا القول بضمان ذمته ايضا بعد تلف العين وان قلنا
بان تعلق حقه به من قبيل الثاني فعلينا القول ببرائة ذمته بعد تلفها وللضامن الرجوع الى المضمون
عنه كما اشار اليه الاستاد قدس سره في جواهره حيث قال انه ماخذ الوجهين المذكورين هل ان
الضمان

ام ع

الضمان ناقلية الدين الى ذمة الضامن لان موضعنا هو الذمة وتخصيص هذا المال انما هو لانحصار المطالبة
الاداء فيه او ان مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها وان الضامن لم يشتغل ذمته على الاطلاق وانما حصر
الاستحقاق في المال المعين وجعل متعلق حق المضمون له منحصرا فيه ابتداء من غير تعلق بالذمة
ثم قال ره وتظهر الفائدة في امور منها التلف بغير تفريط فعلى الاول فتشتغل الذمة الضامن لان تلف
الرهن لا يسقط الحق وعلى الثاني الذمة المضمون عنه لان فوات العبد الجاني انما يسقط الحق عن مالكه
ومال المال هنا هو الضامن فيسقط عنه واما المضمون عنه فانتقال المال من ذمته ليس
انتقالا تاما لانه لم يتعلق بذمته وانما تعلق بمال تعلقا ضعيفا فاذا فات عاد الى ملكه كان مع
احتمال السقوط فيهما في الموضعين على التقدير بين اما على الضمان فلانه لم يتقدم على الضمان الا في ذلك
المال ولم يلزم الاداء عملا بالشرط وقد فات فيبطل الضمان ويعود الى ذمة المضمون عنه واما
احتمال سقوطه من المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجاني فلان الضمان لما كان ناقلا برئت منه
المضمون عنه بالضمان كيف كان فلم يبق للمضمون عليه حق ولا ظن الضامن الا بما ادى ولم يحصل
لكن لا يخفى عليك ما في اصل الاحتمال الثاني ضرورة عدم صلاحية الضمان لاثبات مثل هذا التعلق
بعد ان كان هو نقل الدين من ذمة الى اخرى وكذا الشرط الذي هو بمعنى الالزام وعلى تقدير صحته فلا ان
لا احتمال عوده الى ذمة المضمون عنه بعد انتقاله الى المال المخصوص وانما المتجه ان يقال ان
هذا الشرط اما ان يكون من المضمون له او الضامن او منهما فان كان الاول تخير مع تلفه في
فسخ الضمان والعود الى المضمون عنه وعدمه والزام الضامن الاداء من غيره وان كان الثاني تخير
الضامن وان كان الثالث تخير كل منهما على قاعدة فوات الشرط في غير هذا العقد من العقود اللازمة
اذ هو بناء على ما ذكرناه من عدم مشروعيته بالمعنى المزبور ولا معنى له الا اشتراط الاداء من مال مخصوص
كما لا يخفى وبكن دعوى ما هو كر من الرجوع على الضامن مع التلف مطلقا الا اذا قلناه بناء على عدم اختيار
الفسخ كما ان ما عن الشهيد في بعض فتاويه من اختياره بطلان الضمان كذلك على معنى اختياره الفسخ كما ان
ما عن الشهيد بل هو اولى مما في المسالك من انه يمكن دفع المنافاة بين التعلق بالذمة والمال المعين مع

البطلان على تقدير تلفه بان يجعل التعلق بالذمة مشروطا بالاداء من المال عملا بمقتضى الشرط
على تقدير تلفه بالاداء او يجعل هذا تعليقا باسرها خارجا من التعليقين اذ لا دليل على الانحصار فيهما
وانما هو من مناشئ الشافعية وح فيجعل التعلق مخصوصا بالعين وفاء بالشرط فان التزام المال
من غير المعين لم يتعلق به قصد الضامن ولا دليل عليه لفظا اذ هو كما ترى بعد ما ذكرنا مضافا
الى معلومية ان نفوذ الشرط في العقود اللازمة انما يقتضي انتفاء اللزوم لا الصحة والا كان
تعليقا كما هو مجرد في محله فالتحقيق ما ذكرناه ولا ينافيه دعوى عدم قابلية عقد الضمان للخيار
كالنكاح والوقف ونحوهما اذ هي مجرد دعوى لا مستند لها بل مقتضى العمومات خلافها فلاحظ وتأمل
وكيف كان فلا يشترط علم الضامن بالمضمون له ولا المضمون عنه كما في [illegible] والغنية
والتحرير والدروس [illegible] وذلك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض على ما حكي عن بعضها
بل نسبه بعضهم الى الاكثر بل في محكي [illegible] لو ضمن الضامن عمن لا يعرف صح ضمانه عند علمائنا وقيل
القائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه وعن [illegible] انه يشترط علمه [illegible] بين
الضامن وبينه فافتقر الى معرفته للحاجة وللغرر والضرر بدون ذلك ولا منافاة احسانا ولا بد
من معرفة محله والا جاز وضعه في غير اهله ولا ريب ان الاول اشبه باصول المذهب وقواعده التي
منها العمومات الشاملة وضعا وضمنا [illegible] ذلك [illegible] عدم اقتضاء المعاملة بينهما المعرفة الرافعة
كالبيع والاجارة وغيرهما ولا نهي عن الغرر المزبور والذي قد اقدم عليه الضامن والنظر في استحقاق
ذلك لو سلمنا احسانا لا ينتفي اعتبار المعرفة المزبورة على انه يمكن معلوميته بدونها والاخبار لا
بشاهد جوابا كما ذلك مضافا الى المنقول من ضمان امير المؤمنين ع كما هو معروف لكن لا بد ان يمتاز
المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان عنه بلا خلاف ولا اشكال ضرورة
عدم العبرة بالقصد الى ضمان المبهم المردد في الواقع لعدم الدليل عليه بل ظاهر الادلة خلافه بل
لعله من المقطوع به او انه اشكل في [illegible] العقد على ذلك فان المعتبر القصد الى الضمان
هو التزام المال الذي بذمة المضمون له مثلا في الذمة وهو غير [illegible] على معرفة من عليه الدين

الدين فالدليل انما دل على اعتبار القصد في العقد لا فيمن كان عليه الدين فلو قال شخص مثلا اني
استحق في ذمة شخص مائة درهم فقال الاخر ضمنتها لك كان قاصدا الى عقد الضمان عمن
من كان عليه الدين ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك ومنه انك قد عرفت كون المراد من
الامتياز عند الضامن على وجه لا يكون مبهما بحيث لا يصح معه القصد الى الضمان كما لو قال ضمنت
لك احد هذين مثلا فلا يرد المثال الذي ذكره لانه من القصد على وجه يصح للضامن قصده وان
لم يكن معلوما بعينه نعم لو اراد الضمان عن من هو متشخص عنده لم يكتف [illegible]
ما ذكره حيث قال وهل يشترط معرفته ما تميزه عنده عن غيره الاقرب العدم بل لو قال ضمنت لك
الدين الذي لك على من كان من الناس جاز نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند
الضامن حتى مما يمكن القصد معه الى الضمان عنه لو لم يقصد الضمان عن اي من كان في الغرب
ما في محكي [illegible] من دعوى موافقة هذا الكلام [illegible] لما اختاره ولما ذكره المص وهو عند التامل
الصادق عين ما في المتن والحاصل انه لا بد من الامتياز من الامتياز الذي في مقابل الابهام
واما الازيد عنه فلا وكيف كان فلا اشكال بناء على ما عرفت في انه يشترط رضا المضمون
ذهب الاصحاب رضوان الله عليهم [illegible] رضى المضمون له وهو مستحق الدين شرطا في صحة الضمان
[illegible] لم يصح ولا خلاف معتد به [illegible] المحكي عن الشيخ هو القول بعدم اشتراطه محتجا
بوجوه ضعيفة ستعرف وجهه والاقوى هو الاول والدليل عليه لك مضافا الى الشهرة العظيمة
المحققة والاجماع المنقول بل المحصل [illegible] من الاصل اي اصالة بقاء ما كان من شغل ذمة
المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن وعدم انتقال الحق الى المضمون له الا ان يتحقق وهذا
هو [illegible] جامع المقاصد من قوله الاصل عدم صحة [illegible] الضمان الا ان يثبت المزيل والقدر المتيقن
من [illegible] هذا الاصل هو ما لو رضي المضمون له واما غيره فيبقى تحت الاصل ومنها ما ذكره
الشهيد [illegible] في ذلك من ان حق المضمون له [illegible] من ذمة غريم الى ذمة الضامن والناس يختلفون
في حسن المعاملة وسهولة القضاء فلو كان للضامن من لا يرضى بابدال الغريم به لضعفه عنه فلو لم

يعتبر رضاه لزم الضرر والغرر والاعتراض عليه بانه اخص من المدعى مدفوع باتمامه بعدم القول بالفصل
لكن مع ذلك لا يخفى ان هذا الاستدلال [illegible] ومنها ما ورد في صحيحة ابن سنان عن الصادق ع في الرجل
يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال اذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت وهذا ايضا
بمفهومه يدل على انه لو لم يرض المضمون له لا يصح الضمان ومفهوم الشرط حجة اجماعا والمحكي عن
فقه الرضوي وان كان لك على رجل حق [illegible] مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فالميت
قد برئ وقد لزم الضامن [illegible] وكيف كان فالذي هو العمدة لاثبات المطلوب هو هذين الروايتين
والاتفاق في الاصحاب وخلاف الشيخ مما لا قادح فيه كما لا يخفى ثم ما ذكر يمكن ان يستدل به الشيخ
لعدم الاشتراط وجوه احدها اصالة عدم الاشتراط وثانيها عموم المؤمنون عند شروطهم و
قوله تعالى اوفوا بالعقود وثالثها ما روي ان عليا ع وابا قتادة ضمنا الدين عن الميت ولم يسأل النبي
عن رضى المضمون له وهذا دليل على عدم الاشتراط وانت خبير بما فيهما من الضعف ما لا يخفى اما
الاول والثاني فلزوم تخصيصهما بما ذكرناه من الادلة واما الثالث فلكونها قضية في واقعة
لا عموم لها [illegible] ولا شبهة تعتبر في ان الرضا من المضمون له شرط بل الكلام والخلاف
في هذا المقام انما هو في شيء اخر وهو انه على المختار هل يكفي مطلق الرضا فلا يشترط القبول باللفظ
ولا في لفظ الصيغة العربية ولا الموالاة بين الايجاب والقبول ولا تأخره عن الايجاب وغير ذلك بل
يشترط القبول اللفظي وجميع ما يعتبر في العقود اللازمة من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول
بكونه بلفظ الماضي والعربي وغير ذلك وبعبارة اخرى اختلفوا في ان الضمان من العقود والايقاعات
فذهب الاكثر الى انه يشترط القبول اللفظي وجميع ما يعتبر في سائر العقود اللازمة [illegible] بانه عقد
فلا بد فيه من القبول [illegible] من شغل ذمة المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن
وعدم انتقال حق المضمون له الا ان يتحقق [illegible] فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود وقال [illegible]
[illegible] الاقوى عدم الاشتراط للاصل [illegible] عموم قوله المؤمنون عند شروطهم حيث يدل
على انه يجوز الرضا [illegible] والضمان والاصل عدم التخصيص ولضعف ما تمسك به الخصم اما الوجه الاول

الذي

الذي ذكره من كونه عقدا [illegible] ففيه اولا منع كون الضمان عقدا على الكلية بل هو قد يكون عقدا وقد يكون
غيره كالوصية وثانيا على فرض تسليمه عقدا لا نسلم ان معناه هو الايجاب والقبول اللفظيين بل
المراد به هو المعنى اللغوي اعني الرضا من الطرفين ويؤيده ما ذكروا في اول الفقه في بيان [illegible]
[illegible] ما يكون موقوفا على رضا الطرفين [illegible] وهو عقد فكلامهم هذا يدل على ان العقد
عبارة عن مجرد الرضا من الطرفين كما لا يخفى واما ما ذكر في الوجه الثاني من الاصل ففيه انه منقطع
بعمومات ادلة الشروط وبعموم قوله ع الزعيم غارم [illegible] رضا المضمون عنه بلا خلاف
اجده بل ادعى الاصحاب الاجماع [illegible] عليه ولان الضمان كالقضاء للدين المعلوم عدم
اعتبار الرضا فيه وليس هذا من القياس في شيء بل من باب تنقيح المناط ولاطلاق الادلة وعمومها
وبالجملة لا خلاف فيما ذكرنا ولا ريب فيه بل الكلام انما هو في ان انكار المضمون عنه وعدم
رضائه بالضمان هل هو مانع من صحته ام لا قولان الحق عدم كونه مانعا للاصل وعدم الدليل عليه مضافا
الى ما ظاهرهم الاتفاق عليه من جواز اداء الدين عنه بغير رضاه بل مع كراهته ولا يلزم من ذلك
[illegible] منة على المضمون حتى يقال بان ذلك [illegible] وهو منفي في الشريعة لكون الضامن متبرعا
في ضمانه من دون منة وذل كما لا يخفى فان قلت ان اختلافهم هنا مبني على ان رضا
المضمون عنه ليس بشرط وذلك لان كون انكاره موجبا للبطلان وعدمه مبني على ان رضاه شرط ام
لا فمن قال بالاشتراط قال بكون انكاره مبطلا ومن قال بالعدم قال بالصحة قلت هذا توهم فاسد
فان قولهم هنا غير مبني على اعتبار رضاه بل مبني على ان الانكار مانع ام لا ولذا [illegible] بالصحة مع عدم
معلومية كل من الرضا والانكار فلو كان مبنيا على اشتراط الرضا وعدمه فلا وجه [illegible] لحكمهم با
لصحة في هذه الصورة ومع تحقق الضمان ينتقل المال [illegible] لا يخفى انه وقع الخلاف بين العامة
والخاصة في ان الضمان بعد تحققه على الوجه المعتبر شرعا هل هو ناقل للحق من ذمة [illegible]
ذمة المضمون عنه وليس للمضمون له الرجوع اليه [illegible] بل هو عبارة عن ضم ذمة الضامن الى ذمة
المضمون عنه فيجوز له مطالبة ايهما شاء فذهب الخاصة الى الاول [illegible] العامة [illegible] الثاني

ابع

منتضى القاعدة منظر الانصاف هو ما ذهب اليه العامة وذلك لما حققنا في باب الغصب في بيان الايادي
المتعاقبة انه لا منافاة بين ان يكون المال والحق واحدا وان يكون ذمة كل واحد من الغاصبين المتعددين
مشغولة بهذا الحق الواحد الا انه باداء واحد منهم برئ ذمة الباقين ونحن فيما نحن فيه ايضا كذلك لان لان غرض
ان الحق واحد وان ذمة المضمون عنه مشغول به ايضا كما ان ذمة الضامن ايضا مشغولة به بواسطة
قول الضمنت ولا ريب ان ضمنت لا يدل على نقل في الذمة اصلا لا مطابقة ولا تضمنا ولا التزاما بل
المطابق هو ان ذمتي ايضا مشغول بهذا الحق وهذا لا ينافي ان يكون ذمة المضمون عنه مشغولة
برف المضمون له يتخير على هذا في الرجوع الى ايهما شاء هذا وان كان مقتضى القاعدة الا ان الاجماع من اصحابنا
قد وقع على ذلك ولا احد فيه مخالفا هو الحجة مضافا الى الاجماعات المنقولة عن غير واحد والى
النصوص المستفيضة الدالة على النقل وابراء ذمة المضمون عنه واما ما يتمسك به العامة لاثبات مطلبهم
فوجهان احدهما الاصل اي استصحاب شغل ذمة المضمون عنه بعد اشتغال ذمة الضامن الذي
يكون موجبا للشك وفيه انه منقطع بما قلنا من الاجماع والروايات وثانيهما هو ان الضمان مشتق
من الضم بالنفع والنون فيه زائدة وفيه ما لا يخفى اولا من عدم الدليل عليه وثانيا من منافاة وجود
النون في جميع تصاريفه وثالثا من صعوبته في تحققه في ضمان العهدة كالو ائلف مال الغير بغير
اذا عرفت هذا فاعلم ان ثمرة هذا الخلاف تظهر فيما لو ابرأ المضمون له المضمون عنه فعلى مذهب اصحابنا
لا يبرء ذمة الضامن ويكون هذا الابراء لغوا وعبثا اما عدم ابراء ذمة الضامن فلعدم كونه متعلقا
للابراء واما كونه لغوا فلعدم وجود المحل له وكونه مخصيلا للحاصل بالنسبة الى المضمون عنه بعد ما
عرفت من ابراء ذمته بالضمان عنه واما اذا ابرئ ذمة الضامن فبرئ ما معا اما المضمون عنه فلانتقال
الحق منه الى الضامن واما الضامن فللابراء ولا يجوز له الرجوع الى المضمون عنه وان كان الضمان
بالاذن وذلك لعدم استحقاق الرجوع عليه الا بالاداء والمفروض انه قد انتفى بالابراء واما بناء على
مذهب العامة فالابراء المذكور صحيح من مقتضى القاعدة بناء على طريقتهم الفاسدة من عدم الانتقال
الى ذمة الضامن وحكي عنهم ايضا انهم قالوا ان ابراء ذمة الضامن لا يقتضي براءة ذمة المضمون

ابع

عنه بخلاف العكس لانها من قبيل الوثيقة عند الدين فلعلها الا يقتضي سقوط المضمون عنه المورض
بل انما تشتغل في الوثيقة وهي كالرهن قياسا واستحسانا وكيف كان فلا خلاف عندنا في انه يشترط
في لزوم صحة الضمان الملائة او العلم بالاعسار والرضا به والمراد بالملائة هنا ان يكون مالكا لما يوفي
به الدين فاضلا عن المستثنيات في الدين ومن جملتها قوت يوم وليلة والحاصل انه اذا كان الضامن
مليا او معلوما لاعسار عند المضمون له لزم الضمان بلا اشكال ولا خلاف والدليل على ذلك بعد
الاجماعات المنقولة المحكية عن ظاهر الغنية والسرائر وهو قاعدة الضرر وبناء الضمان على الارفاق وما
يشعر من النصوص في الحوالة الدالة على ذلك وهي اخت الضمان وحاصل الكلام لا ينبغي الشك فيما
ذكرنا ولا كلام فيه بل انما الكلام في انه هل يدخل عقد الضمان الخيار اما بالاشتراط او بغيره من
الاسباب الموجبة للخيار ام لا نعم بعضهم يدخل فيه نظرا الى ان مبناء هذا العقد على اللزوم
مبنا في دخول الخيار فيه كما في النكاح وفيه انه توهم فاسد اذ دخول الخيار فيه لا ينافي كونه مبناه
وصفه على اللزوم كما لا يخفى على ذي مسكة فالحق نظرا الى قواعد الشروط هو جواز اشتراط الخيار
في الضمان ولا مانع منه ثم على هذا الوصف ولم يعلم باعساره ثم بان اعساره كان للمضمون له
فسخ الضمان بمعنى انه مخير بين الفسخ والرجوع الى المضمون عنه وبين التزام العقد ومطالبة الضامن
ومن هنا ظهر ان الملائة او العلم بالاعسار انما هو شرط في اللزوم لا في الصحة ثم انه لا يخفى
ان الملائة انما تعتبر ابتداء لا استدامة فلو تجدد اعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ لتحقق
الشرط حين الضمان والاصل بقاء الصحة واللزوم والاستيفاء منه بوجه اخر كالمماطلة ونحوها
فهل حكمه مثل ما لو تجدد الاعسار ولا يكون موجبا للخيار والضمان لا بل هو موجب للفسخ ظاهر
الاصحاب بل صرح بعضهم كالشهيد في المسالك والسيد في الرياض هو الاول ولعل السر في اختصاص
الاعسار بالذكر هو ملاحظة الخبر المذكور في باب الحوالة المرفوع وهو انه لو كان معسرا حال الضمان
ولم يعلم به المضمون له ثم تجدد اعساره وبناده حين الاداء فهل يسقط الخيار ام هو باق وجهان
يمكن ان يقال بسقوطه كما هو الاقوى في النظر نظرا الى انه لو ايسر حال الاعسار والضرر فاذا ارتفع

ابع

ويمكن ان يقال ببقائه بحكم الاستصحاب وان ارتفع موجبه الذي هو الاعسار الا ان مبينه الذي
هو الخيار يستصحب وقال شيخنا الاستاد دام ظله العالي الا انه لا يحتاج الى الاستصحاب نظرا الى انه
غاية ما يستفاد من الادلة هو ان حدوث الاعسار سبب وعلة لثبوت الخيار واما ان بقائه
سبب لبقائه حتى يرتفع بارتفاعه فلم يثبت فهو باق بحكم هذا الدليل ولا احتياج في ثبوته الى الاستصحاب
ولا في ثبوت ذلك تامل وهل ثبوت هذا الخيار على الفور ام كونه على التراخي وجهان اجودهما الثاني
وفاقا لجماعة للاصل المقتضي امتداده الا ان يثبت المزيل كما اعترف غير واحد وكيف كان فالضمان
المؤجل جائز اجماعا وفي الحال تردد اشهره الجواز الخ تحقيق الكلام في هذا المقام يحتاج الى رسم مقدمة
على بيان الاقسام المتصورة في هذا المقام مع الاختلافات الواقعة فيها وقد تقدم البحث عن الاختلاف
اولا فنقول والذي يظهر من كلمات الفقهاء في هذا المقام كما سمعت من شيخنا الاستاد دام ظله
العالي هو ان نزاعهم في مقامين الاول في انه هل يشترط التاجيل في الضمان مع قطع النظر عن كون
الدين حالا او مؤجلا ام لا فالمشهور بين الاصحاب هو الثاني والمحكي عن المقنعة والنهاية والوسيلة والغنية
الكامل هو الاول والحق في هذا المقام هو ما ذهب اليه الاكثر بل حكي عن السرائر انه قال لا خلاف في
هذا المقام ووجه كلمات القائلين بان مرادهم بذلك هو ما اذا اتفقا على التاجيل والاجل فلا بد من
ذلك حينئذ ولا يصح الا باجل واما اذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون اجل وكذا اذا اطلقا
العقد وهذا التوجيه وجيه الا انه بعيد الثاني هو ان نزاعهم انما هو بملاحظة الدين بمعنى انهم اختلفوا
في انه هل يشترط ان يكون اجل الضمان ازيد من اجل الدين حتى لو كان مساويا له او انقص منه لم
يكن صحيحا ام لا بل يصح مطلقا وهذا وان كان في حيثية اخرى غير حيثية النزاع الاول الا انه لا
ينافي ان يكون بعض الاقسام الاتية على الخلاف من كلا الجهتين والحق هو عدم الاشتراط ايضا كذلك
بل يصح الضمان مطلقا وستعرف وجهه في بيان الاقسام واحكامها فنقول اذا عرفت ذلك فاعلم ان الحق
المضمون اعني الدين اما ان يكون حالا او مؤجلا ثم اما ان يضمنه الضامن حالا او مؤجلا وعلى
تقدير المؤجل اما ان يكون الاجل الثاني مساويا للاصل او انقص او ازيد فهذه وعلى التقادير الستة

ابع

اما ان يكون الضمان تبرعا او بسؤال المضمون عنه فالصور اثنا عشر ونحن نذكر الست الاول
ونذكر الست الباقية اعني صور الاذن تحت كل واحد من الاقسام ونعرف انها مما على خلاف
والتي منها محل وفاق فنقول الاول ان يكون الدين حالا والضمان مؤجلا بان يقول
ضمنت الى اداي شهر او سنة كالاجل في السلم وهذا القسم مما لا ريب ولا خلاف في جوازه و
الحجة عليه بعد الاجماعات المنقولة رواية عيسى بن عبد الله انه لما كان مبناه عقد الضمان على
الارفاق وتسهيل الامر على المضمون عنه كان الضمان المؤجل للدين جائز التحقق الغرض المطلوب منه مضافا
الى الاصل والعمومات السليمة عن المعارض والحاصل انه لا ينبغي ان يشك في هذا القسم اما حكمه
بالنسبة الى الرجوع الى المضمون عنه وعدمه فاعلم ان ضمانه لا يخلو اما ان يكون متبرعا او مع اذن
المضمون عنه اما الاول فلا كلام ولا خلاف في عدم جواز الرجوع الى المضمون عنه واما الثاني
فلا يخلو اما ان يكون اذنه بالضمان مطلقا بحيث لم يكن اذنه مقيدا بالاجل ولا بالحال او يكون
اذنه ايضا مقيدا كالضمان فان كان الاول فيجوز له الرجوع مطلقا سواء كان اداؤه قبل الاجل
او بعده اختيارا او قهرا باحد الاسباب الشرعية اذن في الاداء او لا ولا خلاف في ذلك وان كان
الثاني فلا كلام في انه يجوز له الرجوع بعد حلول الاجل سواء كان اداؤه قبل حين حلول الاجل
او قبله الا ان الكلام فيه هو انه لو اداه قبل الاجل فهل يجوز له الرجوع الى المضمون عنه قبل
حلول الاجل مع كونه ماذونا بالضمان مقيدا ام لا فالامر فيه مشكل واتفاق الاصحاب
وان كان شاملا لهذا القسم ايضا الا انه محتمل جدا لو كان الاذن بالضمان مطلقا فالاقوى هو
عدم جواز الرجوع في هذا القسم قبل الاجل لان الاذن اذا كان مقيدا فكانه كان مفاده
لا يرجع عليه قبل هذا الاجل فتدبر الثاني من الاقسام هو ما لو كان الدين حالا والضمان ايضا
كذلك ففي صحته خلاف والمحكي عن الشيخ القول بالمنع عن الصحة وهو ظاهر الغنية لقوله يشترط
ان يكون الضمان الى اجل معلوم ومستندهم في المنع هو منافاة الحال مع وضع هذا العقد
لان وضعه للارفاق ولكن الاقوى هو قول المعظم للعمومات المعتضدة بالشهرة المحققة بل

بل المحكية الحلي عن جميع القائلين دعوى الاتفاق عليه ومستند المنع المذكور ينقطع بالمنع مع عدم
تمامية من الاصل واما حكمه من حيث الرجوع فان كان متبرعا فلا كلام في عدم جواز الرجوع
وان كان باذن المضمون عنه فيرجع بعد الاداء من دون اشكال في هذا القسم الثالث لو
كان الدين مؤجلا والضمان مؤجلا بازيد من ذلك كما لو كان الدين مؤجلا بشهر مثلا و
الضمان مؤجلا بشهرين مثلا فهو جائز بلا كلام وخلاف والحجة عليه بعد الاجماع فيه كلا
هو العموم تماما والحاصل انه لا خلاف في هذا القسم الرابع لو كان الدين مؤجلا والضمان حالا
بان يسقط اجل ذلك الدين بالاداء حالا الا الرابع ويلتزم بالاداء حالا وقد اختلف الاصحاب
في صحة هذا الضمان على قولين اصحهما الجواز مطلقا وفاقا للرياض والمناهل والجواهر والمهذب
وشيخنا الاستاد دام ظله العالي والمحكي عن الحلي والفاضلين والشهيدين وفي الرياض بل
لعل عليه عامة المتأخرين بل وحكي عن الغنية الاجماع عليه وكيف كان وقد خالف في ذلك المقنعة
والنهاية والوسيلة والكامل وقد حكي عن ابن البراج ذهب والاقوى هو القول الاول والحجة
عليه بعد الشهرة المحققة والاجماع المنقول هو الاصل والعمومات اعني قوله اوفوا بالعقود وقوله
المؤمنون عند شروطهم وقوله الزعيم غارم حيث يشمل عمومها المتنازع فيه فيكون مثل هذا الضمان
مشروعا مع فقد المعارض لما سمعته من ادلة الخصم وايضا ان الضمان كقضاء الدين فكما يجوز
اداء الدين المؤجل حالا فكذا هذا الضمان واما المانعين فقد استدلوا بوجوه ثلثة احدها هو ان
بناء عقد الضمان على الارفاق فيشترط فيه الاجل المناف الحال للارفاق وفيه اولا نمنع فانه
في الضمان بناء على الدليل اخص من المدعى وثانيا بعدم القول بالفصل يمنع ايضا كما لا يخفى واما
ثانيا فمنع بناء الضمان على الارفاق وانحصاره فيه اذ لا دليل عليه من نص او اجماع و
يحتمل كون الفائدة هو تفاوت الغرماء في حسب القضاء والمفاخرة وثالثا بمنع اقتضاء الحال
تسويغ المطالبة مطلقا بل يشترط حلوله على المضمون عنه اذ هو يرجع عليه وثانيها
ان ثبوت المال في ذمة الضامن فرع ثبوته في ذمة المضمون عنه والفرع لا يكون اقوى من

الاصل

الاصل وفيه اولا ما مر وعلى الاول وثانيا منع الاقوائية بما هو فيه عرضه وثالثا على فرض التسليم لا
منع منه اذ اولى الدليل عليه مع ان الضمان لقضاء الدين باعترافهم فكما انه يجوز للمضمون عنه
دفع المال معجلا فكذا يجوز الضمان حالا وثالثها هو ان من شرط صحة الضمان وجوب الحق على
المضمون عنه والاجل حق من حقوق الدين وتعجيله غير واجب فيكون ضمانه كذلك ضمان مال غير واجب
وليس بصحيح وفيه ان الواجب هو المال وهو لا يخرج عن وجوبه مطلقا لا قبل الاجل ولا بعده غاية
ليس للضامن الرجوع قبل الاجل ثم ضيع ذلك هو ان المضمون الواجب هو المال واما الاجل
فلا يتعلق به الضمان وان كان من توابع الحق ولا ضمان الا ان وحوله حيث يدخل الضمان الذي
بل النفع وهو حق للمديون فان ارضى الضامن باسقاطه وتعجيل الاداء بقاء فقد ضمن ما يجب
وهو المال ورضي باسقاط الوصف ولا يرد انه غير واجب الاداء قبل الاجل لانه واجب في
الجملة فانه موسع فيهما مع رضاء المضمون عنه وبما ذكرنا يظهر وجه الجواز في القسم الخامس
والسادس من الاقسام الستة المذكورة وهو ما لو كان الدين مؤجلا والضمان مؤجلا ايضا
معه وهو القسم الخامس من الاقسام الستة المذكورة او كان مؤجلا انقص من اجل الدين
وهو القسم السادس وهذين القسمين ايضا من الاقسام المختلف فيه والدليل على الجواز
هو الذي ذكرنا في الوجه الرابع وكذلك دليل المنع مع جوابه حرفا بحرف ولا بعيد وملخص الكلام
قد عرفت الجواز في كل الاقسام المذكورة وعرفت ايضا ان الاقسام الثي فكونت محلا للنزاع ان بعد
احدها الضمان الحال للدين الحال وثانيها الضمان الحال للدين المؤجل وثالثها الضمان
المؤجل للدين يكون اجله مساويا للدين ورابعها ان يكون انقص منه فنقول الشهيدة في
لك ان موضع الخلاف فيهما غير محرر ولا وجه لثم نقل احكام هذه الاقسام الا ونعت الاحرف
من حيث الرجوع الى المضمون عنه وعدمه فنقول لو كان متبرعا فليس للرجوع في الجميع بلا كلام
وان كان باذن المضمون عليه فلا يخلو اما ان ياذن له بالضمان والاداء او كليهما او اذن
بالضمان خاصة لا بالاداء او بالاداء خاصة فهذه اقسام ثلثة ولا يخفى ان حكم الاخير وهو

اذن بالاداء خاصة حكم المتبرع انه لا يرجع بلا خلاف في ذلك وفي الجواهر بل ادعى الاجماع عليه في ذلك
واما القسمين الاولين فلا ريب ولا خلاف في كونهما موجبين لجواز الرجوع في الجملة انما فيهما لو كان
اجل الضمان ازيد من اجل الدين فان كان ادائه بعد الاجل فلا خلاف في رجوعه كما لا يخفى وكذا لو
بعد اجل الدين وقبل اجل الضمان وان لم يحل اجل الضمان لان تاجيل الضمان كان حقا مختصا له فان
سقط بادائه الدين حين اجله فيرجع لتحقق موجبه واما لو ادى قبل اجل الدين والضمان كليهما فلا
يجوز له الرجوع الا بعد حلول الدين واما في المساوي والانقص فان ادى بعد اجل الدين فله الرجوع
اما لو ادى قبله فلا الا بعد حلول الدين فالمعيار في جواز الرجوع وعدمه هو حلول الدين وعدمه
ثم بقي هنا امور ينبغي التنبيه عليها منها انه في الضمان المؤجل للدين الحال هل يكون التاجيل للضمان
او للدين وتظهر الثمرة في شيئين احدها في صورة ما لو دفع الضامن معجلا باختياره لاسقاط
حقه فلو كان تاجيلا للضمان فيجوز للضامن الرجوع الى المضمون عنه بخلاف ما لو كان تاجيلا من
للدين فلا يجوز لعدم استحقاقه الرجوع عليه الا بحلول الدين والفرض عدمه وثانيهما فيما لو مات الضامن
فحل واخذ المضمون له من تركته ثم ان قلنا بان التاجيل للضمان فيرجع ورثة الضامن الى المضمون عنه
والا فلا ثم اذا علمت ذلك فاعلم ان الذي ذهب اليه الاكثر جواز التاجيل انما هو للدين الحال في عقد
لا ذمة خليل من نظر الى انه لو كان تاجيلا للضمان لزم التعليق في العقد فيلزم ولكن الاقوى في النظر هو
كونه اجلا للضمان وكونه تعليقا فيه ممنوع اذ ليس هو الا كالشرط فيه ومنها اذا ضمن الدين المؤجل حالا
او مؤجلا انقص من اجل الدين سواء اذن المضمون عنه كذلك او مطلقا فهل يوجب ذلك لحلول
الدين والنقصان في الاجل ام بقي عليه الاجل كما كان فلا يرجع عليه الضامن الى حلوله وجوه بل اقوال احدها
الرجوع عليه كما ادى في الحالين امامع التصريح بالاذن في حالو فلان الضمان في حكم الاداء ومتى اذن الديون
لغيره في قضاء دينه معجلا فقضاه استحق مطالبته واما مع الاطلاق فلئلا ولا التعجيل فيكون ماذونا
فيه ضمنا لانه بعض ما يدل عليه اللفظ وثانيها التفصيل فيرجع عليه حالا مع التصريح لا مع الاطلاق
اما الاول فلما مر واما الاطلاق فانما اقتضى الاذن في الضمان وذلك لا يقتضي حلول الحق على المضمون عنه لان

لا

لانه لا يحل الا باسقاطه او اشتراطه في عقد لازم وهو منتف ولعله لذا جزم بعضهم بعدم الرجوع في
ولا دليل في الاذن المذكور على حلول الاجل باحدى الدلالات ولا صالة بقاء الاجل فيكون كا
المتبرع ولعله لذا جزم بعضهم بعدم الرجوع في الاطلاق وجعل الاشكال في التصريح ولعل هذا القول
هو الاقوى وثالثها عدم الرجوع اليه الا بعد الاجل مطلقا لما ذكر ولان الاذن في الضمان وان
كان حالا انما يقتضي حلول ما في ذمة الضامن ولا يدل على حلول ما في ذمة المضمون عنه باحدى
الدلالات فتدبر ومنها انه لو ضمن الدين الحال واطلق ولم يقيد بكونه حالا او مؤجلا هل ينصرف
الى الحال ام لا وكذلك لو ضمن الدين المؤجل ولم يقيد اصلا فهل ينصرف الا كون اجله مساويا والاجل
الدين ام لا والامر سهل بعد الاذن دعوى ظهور الانصراف لا يخرج عن قوة فتامل البحث الثاني في الحق المضمون
وهو كل مال ثابت في الذمة لا يخفى ان هنا شان الى شروط ثلثة احدها كون المضمون ما لا
وثانيها كونه ثابتا محققا في الحال وثالثها كون ثبوته في الذمة لا في خارجها ولا بد لنا من التكلم
في كل منها حتى يظهر لك حقيقة الحال فنقول اما الكلام في الشرط الاول في انه هل هو شرط الصحة
الضمان او شرط لتحقق مفهومه والظاهر انه شرط للصحة لا المفهوم لكون متعلق الضمان اعم من ان
يكون مالا وهو حق فانما فيه هو انه لا ريب ولا شبهة في انه يعتبر في مفهوم الضمان وجود شيء على
المضمون عنه حتى يتعلق به الضمان ضرورة انه لا يتعلق بالمعدوم فلو لم يكن عليه شيء لا يتحقق الضمان
اصلا كما لا يخفى ويؤيده ما قاله الاصحاب من انه ضمان ما ليس بواجب على المضمون عنه ولا سبب
الذي يوجب الوجوب عليه ليس بشيء وظاهرهم نفي ماهية الضمان فيما لو لم يكن على المضمون عنه شيء
اصلا لا فعلا ولا قوة الا انه خرج من هذه القاعدة ضمان الجناية بالدليل وملخص الكلام انه لا بد
في تحقق الضمان وصدقه عرفا من وجود شيء على المضمون عنه سواء كان ذلك مالا او حقا وعلى
الاول عينا او منفعة فمقتضى القاعدة صحة الضمان عن الجميع على خروج الحقوق وان كانت من الحقوق
التي في مقابلها مال فلا يصح الضمان عن الحقوق مطلقا بل يختص بما اذا كان مالا فثبت من ذلك ان كون
المضمون مالا شرط لصحة الضمان لا لمفهومه ثم هل المراد بالمال الاعيان الخارجية حتى لا يصح ضمان

المنافع او اعم منها ومن المنافع المتعلقة بها ومنشأ الشك وصدق المال على المنافع وعدمه وظهر
من بعض عبائر الفقهاء المنع مطلقا ومن بعض الجواز مطلقا ومن البعض التفصيل بين المنافع الثابتة
في الذمة في الذمة فيجوز ضمانها كما لو صالح فلان عن مال وكانت عن ثابتة في الذمة بل متعلقة بعين الخارج
كما لو استأجر عبدا معينا للخدمة او دابة معينة لحمل شيء معين لا يجوز ضمانها لعدم جواز انتفائها
من غير العين المشخصة والاقوى عندي هو الجواز مطلقا لصدق المال عليه عرفا ولا وضعه
محكم جدا ولعل ذلك هو الدليل على جواز جعل المنفعة عوضا في البيع والنكاح والخلع وغيرها مما يعتبر
فيها المال وثانيا عدم الدليل على خروج المنافع اذا العمدة والثابت من الاجماع المذكور هو خروج
الحقوق من تحت المال وبقي الباقي فيشمل المنافع العمومات الدالة على مشروعية الضمان واما
الكلام في الشرط الثاني في كون المال ثابتا محققا في الحال فلا ريب في ان ثبوته في الجملة مما لا اشكال
فيه ولا شبهة لعدم ورود ذلك لاتفاقهم على ان ضمان ما يوجد في المستقبل بمعنى عدم كونه ثابتا
حين الضمان اصلا لا فعلا ولا شأنا لا يصح كضمان ما سيستدين وضمان نفقة المستقبلة للزوجة
بل انما الكلام في انه هل يشترط من ثبوته فعلا حتى لو ثبت تمنجا بمعنى وجود سببه الذي يوجب ثبوته
ولزومه في الآن المستقبل لا يكفي في الصحة او اعم منه ومن الثبوت الموجب لوجوده ومن باب يظهر هذا
الخلاف عن الفقهاء من اختلافهم في المسئلة الاتية من ان ضمان ما ليس بثابت ولا لازم ولكن يؤول
الى اللزوم هل هو جائز ام لا ولا ريب في ابتناء هذا الخلاف على الخلاف الاول وكيف كان الاقوى
هو القول الاول للاطلاقات والعمومات كما سيجي بيانها في المسئلة الاتية التي اشرنا اليها آنفا
وان كان مقتضى القاعدة الاولية هو عدم الصحة فيما لم يكن موجودا بالفعل ضرورة ان الضمان خلاف
الاصل فلا بد من الاقتصار على مورد اليقين وهو ما لو كان الدين ثابتا بالفعل وبذلك خرج
الثاني عن تحت الاصل الا انه منقطع بالاطلاقات كما سيجي بيانها في المسئلة الاتية ثم بقي الكلام في
الشرط الثالث وهو كونه ثابتا في الذمة لا في خارجها اقول الكلام في هذا المقام يقع في مقامين الاول
في تأسيس الاصل في المسئلة والثاني في بيان الدليل الوارد بمقتضى الاشتراط اولا فنقول لا اشكال
ولا شبهه

مقتضى
ولا شبهة ان الاصل والقاعدة في الشك في الشرطية هو عدم الاشتراط كما قررنا في محله فعلى هذا
الاصل هو صحة الضمان مطلقا وان لم يكن ثابتا في الذمة بل كان لحق معينا موجودا في الخارج كالاعيان
فلا ينبغي الاشكال في ذلك مع وضوحه فلا بد من التكلم في المقام الثاني الذي هو المهم فنقول لا
نضايق ان الاطلاقات لا دلالة فيها على اختصاص كون المضمون في الذمة بل ظاهرها كعمومات
ادلة العقود وغيرها من ادلة الضمان هو عدم الاختصاص بالشرط المذكور فمقتضى الاطلاقات
وان كان المضمون عينا معينا في الخارج الا ان الشهرة المحققة قد قامت على الاشتراط بل الحكي عن العلامة
الاجماع على ذلك وفي التناهي دعوى ظهور الاتفاق عليه ولا ريب ان المذكورات مما يوجب الوهن
في الاطلاقات وكيف كان ان تم الاجماع في المسئلة فهو الحجة والا فالعمل بالاطلاقات هو الحكم
هنا شيء وهو ان اتفاقهم هنا على الشرط المذكور مناف لاختلافهم في ان ضمان المغصوب
وضمان الدرك هل هو صحيح ام لا ضرورة انهما من ضمان الاعيان فاتفاقهم في المسئلة السابقة على
اشتراط الكون في الذمة يستلزم عدم صحة ضمان الاعيان ومع ذلك فكيف يمكن ان يتوهم صحة ضمان المغصوب
والدرك فاعلم ان الاقسام المتصورة في هذا المقام اربعة بعضها صحيح اتفاقا وبعضها غير صحيح
كذلك وبعضها مختلف فيه كما اشار اليه الماتن الاول ما هو مال ثابت في الذمة وقت الضمان
مع كونه مستقرا حين وقوعه متزلزل وذلك كالثمن بعد قبض المبيع وانقضاء الخيار والاجرة
بعد انقضاء المدة والمهر بعد الدخول وهذا القسم مما لا اشكال في جواز ضمانه والاتفاق عليه بل
المحكي عن العلامة الاجماع عليه والعمومات السليمة عن المعارض ويقيده الماتن بقوله بعد قبض المبيع لعله
جل الاحتراز عن مجرد خيار الفاسخ لو لم يقبضه والا لا حاجة الى هذا التقييد الثاني ما هو مال
ثابت لكن غير مستقر بل متزلزل وذلك كالثمن في مدة الخيار وكالمهر قبل الدخول وكالاجرة قبل
العمل وهذا القسم ايضا يجوز ضمانه وان جاز ان يسقط لان جواز السقوط غير مانع من الصحة الضمان
والا لكان مانعا في المستقر ايضا لجواز سقوطه بالابراء والرد وغير ذلك والحاصل ان المقتضي
للصحة موجود والمانع منها مفقود مع ان الظاهر انه لا خلاف فيه مضاف الى شمول الاطلاقات

الذين قالوا بجواز ضمان الاعيان ولهما هذا الاشكال صانهم عنه رحمه الله فلهذا اقول فيه ذلك فتح

المتزلزل
لهذا القسم لا يخفى لكن لا يخفى عليك ان عبارة الماتن في هذا المقام لا تخلو عن اغلاق حيث مثل المال
كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن ووجه الاغلاق والاشكال انه ان اراد بالثمن المذكور الثمن المعين
فلا ريب في جوازه خروجه عن محل البحث وعدم انطباق المثل للمثال ضرورة ان ضمان الثمن المعين من
الاعيان ومقتضى الشرط المزبور عدم صحته سواء كان قبل القبض او بعده وان اراد به الثمن الكلي الثابت
في الذمة فان الاوضح ضمانه عن البايع للمشتري عهدته لو ظهر المبيع مستحقا للغير فهو كما ترى لا يجامع
الضابط المذكور ضرورة عدم كون المضمون في هذا الحال مالا في الذمة انما هو من ضمان الاعيان
نعم لو كان مراده عكس الفرض المزبور اي لو ضمن الثمن عن المشتري للبايع فهو صحيح لانه ضمان المال في
الذمة ولا مانع من الصحة الا ان الظاهر من العبارة هو الاطلاق هذا حكم الضمان فيما لو كان بعد
قبض الثمن اما لو كان قبل قبضه فان كان الضمان عن المشتري للبايع فلا كلام في صحته كما هو واضح
اما لو ضمن البايع للمشتري ففي صحته اشكال لانه من ضمان الاعيان حينئذ الثالث ما هو ليس
بلازم ولا ثابت ولكن يؤول الى اللزوم والثبوت وذلك كما في الجعالة قبل فعل الشرط وكما
في السبق والرماية وقد اختلف الاصحاب في صحة هذا الضمان على اقوال ثلثة قول بالصحة مطلقا وهو
المشهور وقول بعدم الصحة كذلك وقول بالتفصيل بين الشروع في العمل وعدمه فيصح على الاول
دون الثاني وتوضيح المقال هو انا نقول لا اشكال ولا ريب في صحة الضمان بعد العمل واما قبل العمل
فان قلنا ان العامل يستحق المال المجعول بنفس العقد والعمل كاشف عنه كما هو الاقوى فلا
اشكال ايضا في صحة هذا الضمان حينئذ لثبوت المال في الذمة بسببه الذي هو العقد غاية ان
تمام العمل كان كاشفا عن الصحة واما ان قلنا بان العقد جزء سبب بمعنى ان مجموع العقد و
العمل سبب لثبوت المال بحيث كان الموجود حين الضمان هو سببا ناقصا اعني جزء السبب الذي هو
العقد فهذا هو محل الكلام والخلاف مبني على ما قلنا سابقا من ان المراد بالثبوت هل هو الثبوت
الفعلي او الاعم منه فعلى الاول لا يصح ضمان مال الجعالة بخلاف الثاني وحيث كان الحق هو
الصحة ولا اجد وجها للتفصيل المذكور ايضا واما مال السبق والرماية فلا شبهة في جواز ضمانه
بعد

ضمانه
بعد العمل كما مر واما قبله فيبتني على انه اجارة او جعالة فان كان الاول فلا ريب ايضا في صحة
وان كان الثاني فالكلام فيه هو الكلام فيما هو فيما عرفت ثم لا يخفى ان كلام الماتن في هذا المقام حيث
قال وكذا ما ليس بلازم يحتمل ان يكون عطفا على قوله كالثمن والمقصود من التشبيه هو
اثبات الصحة لمال الجعالة والسبق والرماية ح كان قوله على تردد قيدا لكليهما ويحتمل ان يكون
قوله وكذا على المنع في قوله لم يصح فح كان المقصود اثبات عدم الصحة وعلى هذا الاحتمال كان
قوله على تردد قيدا للسبق والرماية خاصة لانها اقرب الى الصحة من الجعالة كما لا يخفى والظاهر
هو الاحتمال الاول وان كان المعطوف عليه اقرب لفظا على الثاني الرابع ما هو غير لازم ولا يؤول
الى اللزوم كمال الكتابة عند بعضهم نظرا الى ان الكتابة المشروطة غير لازمة من قبل العبد فلا
يكون لازما للذمة ولا يؤول الى اللزوم لانه لو عجز نفسه رجع رقا وبطلت الكتابة والضمان
فرع المضمون عنه اقول الحق في اصل المسئلة اعني لو كان مالا لا غير لازم ولا يؤول الى اللزوم
ايضا هو عدم جواز الضمان عنه لما قلنا سابقا من انه لا بد في تحقق الضمان من ثبوت المال
فعلا او الاول اليه فلو لم يكن ثابتا اصلا لم يتحقق الضمان الا ان مال الكتابة ليس من هذا
القبيل كما توهم وتوضيح ذلك هو انا نقول ان الكتابة اما مطلقة او مشروطة فان كان الاول
فالظاهر انه مما لا خلاف ولا اشكال في صحة ضمان مال الكتابة المطلقة لثبوت المال في ذمة العبد
بمجرد العقد فاذا ضمن عنه ضامن برئ ذمة العبد وصار معتقا كما لو ادى بنفسه المال لم
لو لم يؤد المال لكان في حكم الرق كما لا يخفى والحاصل ان هذا القسم مما لا اشكال فيه ولا شبهة
تعتريه لانطباق الادلة عليه مع كونه اجماعيا وان كان الثاني فذهب الاكثر وهو الاشهر
الاظهر الى صحة ضمان مال الكتابة المشروطة وحكي عن الشيخ في ط انه قال بعدم الصحة وما يمكن
ان يكون مستندا اليه وو دليلا على مطلبه احد امور ثلثة بحيث يكون كلها ضعيفة الاولى
انه ليس بلازم ولا يؤول الى اللزوم وكل ما كان كذلك فلا يصح ضمانه بيان الملازمة في الصغرى
هو ان عقد الكتابة من قبل العقد لا يكون لازما فلا يكون لازما في الذمة ولا يؤول الى اللزوم

الا انه لا منه لو افسخ للعجز بعد رجع رقا وبطلت الكتابة وبعد الاداء صار معتقا ولم يكن له مال فلا يصح ضمانه وفيه انه ان اراد باللزوم اللزوم في مقابلة الجواز فكلية الكبرى ممنوعة اذ يكفي في صحة الضمان مجرد الثبوت وان لم يكن لازما فعلا وذلك كالثمن في مدة الخيار وان اراد به اللزوم الثبوت كما قلنا سابقا فالملازمة التي ادعاها في الصغرى ممنوعة وذلك لانا نقول ثبوت المال في ذمة العبد بمجرد عقد الكتابة غاية الامر انه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار ويعلق صحة ضمانه فتعتق لانه في حكم الاداء بناء على انه اقل والحاصل انه لا استحالة فيما قلنا عقلا ولا نقلا بل يظهر من بعض الاصحاب كالمحقق في الكتابة بان الاشهر بين الاصحاب ان عقد الكتابة لازم من الطرفين ومقتضى ذلك انه يجب عليه القيام بالمال لا رضا وبناء عليه وجواز الفسخ بالعجز بعد ذلك لا ينافي لزومه الثانية انه لو صح هذا الضمان لزم زيادة الفرع على الاصل بيانه هو ان الضمان نايب مناب الثبات المال في الذمة والتزام لادائه وهو فرع المضمون عنه فلا يجوز ان يكون ثبوت المال في الاصل غير لازم وفي الفرع لازما وفيه اولا لا حجة في كون الفرع اقوى من الاصل اذا دل الدليل عليه وثانيا على فرض التسليم نمنع اللزوم في الفرع ايضا الثالثة انه لو صح هذا الضمان لزم الى اللزوم فيه لانعتاق الكاتب بالضمان وهو ينافي الغرض من بناء الكتابة على الجواز وفيه ان اللزوم المنافي للجواز هو اللزوم مع بقاء المكاتب مكاتبا ولا ريب انه قد انعتق وخرج عن الكتابة كما انه لو ادى المال انعتق كذلك فخلاصة الكلام في هذا المقام هو انه لا ينبغي الشك في ان مقتضى القاعدة هو جواز ضمان الكتابة المشروطة للاطلاقات والعمومات التي لا تخصيص لها بالنسبة الى المفروض ثم لا يخفى ان في هذا المقام اشياء اختلف الفقهاء في صحة الضمان عنها وعدمها ولا بد من الاشارة الى كل واحد منها الاول نفقة الزوجة وفي صحة ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبلة وتنقيح الكلام انه لا ريب ولا خلاف في انه لا يصح ضمان نفقتها المستقبلة كنفقة الغد والشهر والسنة المستقبلة وذلك لان ثبوت النفقة في ذمة الزوج انما هو مشروط بالتمكين ولا ريب انه ليس حاصلا في زمن لم يقع بعد فلا يصح ضمانها وقد حكي

عن

عن العامة انهم قالوا بصحة ضمان المستقبلة ولعل مستندهم هو ان ثبوت النفقة انما هو من مقتضيات العقد لا التمكين وهو خلاف التحقيق والحاصل انه لا ينبغي الشك في ان مقتضى القاعدة عدم الجواز كما انه لا ينبغي الشك في صحة ضمان النفقة الماضية لان الماضية ثابتة في ذمة الزوج ومستقرة بمعنى الضمان فانها عوض من التمكين والمفروض حصوله فالمقتضي للصحة موجود والمانع منها مفقود مضافا الى كونه اجماعيا واما النفقة الحاضرة فلا اشكال في وجوبها وثبوتها في الذمة في صبيحة كل يوم مع التمكين في الجملة وانما الكلام في ان استمرار التمكين شرط للصحة بحيث لو نشزت في الاثناء سقطت نفقة ذلك اليوم واسا ام لا فيظهر من محكي بعض اصحابنا في القواعد وكون الثاني وكون التحقيق كما قال شيخنا الاستاد وادام ظله بانا استكشفنا من كلمات الاصحاب ان الاستمرار شرط بيان ذلك انهم اتفقوا على صحة ان الزوج مكلف بوجوب النفقة في كل يوم حاضر مع التمكين وايضا انهم اتفقوا على انه لو نشزت في الاثناء لسقطت النفقة في هذا اليوم راسا ولا يكون الزوج مكلفا بالنفقة لا عاجلا ولا اجلا في الجمع بين هذين الاتفاقين لا يمكن الا ان يقال بان استمرار التمكين شرط كما لا يخفى على المتامل وتحقيق الكلام انا نقول بجواز ضمان النفقة الحاضرة وثبوت ذمة الزوج ولكن مشروطا لا بمعنى انه ان استمر التمكين الى الليل فيكشف ذلك عن صحة الضمان وان انقطع عصى بعض عصيانه في الاثناء فيكشف ذلك عن عدم صحة الضمان من الاول لا من حين العصيان كما توهم بعضهم فتدبر جدا وفي نفقة الليل خلاف والحكم فيه مشكل جدا ثم لا يخفى انه اذا ضمن النفقة الماضية وجب على الضامن نفقة المرتبة على حسب حال الرجل من الاعسار والايسار وحكي عن الشيخ انه قال متى ضمن النفقة فانما يصح مقدار نفقة المعسر لانها ثابتة بكل حال واما الزيادة عليها الى تمام نفقة الموسر فغير ثابتة لانها تسقط بالاعسار والمحكي عن المناهل ان ابن البراج تبعه في ذلك ولكن انت خبير بان لا وجه لهذا الكلام اصلا لانه لا ريب ولا خلاف في ان ضمان نفقة الحاضرة انما يصح على حسب حال الرجل واما الماضية فانا نقول لا اعتبار بحال الزوج

حين الضمان فان كان موسرا وجب ضمان نفقة الموسر وان كان معسرا وجبت نفقة المعسر ولا يسقط الزايد على نفقة المعسر باعسار الموسر بعد وجوبه وانما يتم ذلك على مذهب القائلين بصحة ضمان النفقة المستقبلة وانت عرفت الحال هذا تمام الكلام في نفقة الزوجة واما الكلام في نفقة الاقارب فاعلم ان ضمان نفقة الاقارب المستقبلة اولى بالبطلان لعدم وجوبها لا فعلا ولا شاهدا كما هو المحكي عن جامع المقاصد وجميع المناهل والمسالك والجواهر والظاهر انه مما لا خلاف فيه كذلك لا اشكال في عدم ضمان النفقة الماضية ولكن لا لاجل ان الوجوب الذي هو الحكم التكليفي لا يقتضي ثبوتا في الذمة كما توهم بعض الاجلة لان الاجماع انما قام على ان الانفاق لا يقضي بعد مضي الوقت وذلك لا ينافي ثبوته في الذمة في الوقت ثم بعده لم يجب عليه باعتبار خروجه كما في الواجبات الموقتة حيث ان الخطابات فيها سبب لاشتغال الذمة في الوقت المعين ثم بعد خروج هذا الوقت سقط الواجب عن ذمته والحاصل انه لولا الاجماع في المقام لكان مقتضى القاعدة هو صحة ضمان نفقة الماضية للاقارب ايضا كما لا يخفى واما نفقة الحاضرة فالظاهر انه مما لا كلام ولا خلاف في صحة ضمانها واما ضمان نفقة الخادم وان كان عبدا فلا كلام في عدم صحته بناء على عدم كونه قابلا للملكية وان كان حرا فان شرط عليه فلا كلام في صحته لثبوت المال في مقابلة خدمته الذي هو العوض منه والا فلا وكيف كان ومن الاشياء التي اختلفوا في صحة ضمانها وعدمها الثاني والتاسع ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد ونحوهما والاشبه الجواز وتحقيق الكلام في هذا المقام هو انا نقول لا يخلو اما ان يكون ضمان الاعيان المضمونة بعد تلفها في يد الغاصب او القابض بالبيع الفاسد او يكون قبل التلف فان كان الاول فالظاهر انه لا كلام ولا خلاف في الصحة لوجود الشرط الموجب لها وهو كون المضمون مالا ثابتا في الذمة فلا مانع من الصحة مع وجود المقتضي لها وهو واضح وان كان الثاني فيحتمل ذلك كما عليه جماعة اولا وان حين قبل التلف فيهما او مشتملا على تعدد التلف عند الغاصب وفي

صحة

وفي صحة هذا الضمان قولان احدهما الصحة وهو المحكي عن الع في التحرير وكرة وعن الشيخ في ظ وصرح في المناهل والصيمري والمص هنا وهو المعتمد عندي وثانيهما عدم الصحة وهو المحكي عن جامع ابن سعيد والمقاصد والتحرير وصرح لك لا يخفى ان هذا الخلاف مبني على ما قلنا سابقا من ان المراد بالثبوت هل هو الثبوت الفعلي او الاعم منه فمن قال بالثاني قال بالصحة ومن قال بالاول قال بالفساد لعدم كون المال ثابتا قبل التلف لان الثابت في الذمة هو كونها بحيث لو تلفت ثبتت في ذمة الغاصب ضمانها لبقيتها انما يثبت بعد التلف فضمانها قبله ضمان ما لم يجب وهو فاسد وانا لما بينا الامر على الثاني كما عرفت سابقا من انه يكفي في صحة الضمان الثبوت اولا واليه فكان الاقوى هو الصحة اذ الثابت في الذمة وان لم يكن موجودا قبل التلف الا انه يؤول الى الثبوت لوجود سببه الناقص وهو الغصب وهذا القدر يكفي في صحة الضمان لشموله الادلة كما ذكرنا في الجعالة الثانية هو ان يضمن قواعدنا بما خاصة بمعنى كون الضامن مكلفا بالحكم التكليفي وهو وجوب رد العين ما دامت باقية ودون المثل او القيمة لو تلفت وقد اختلف الاصحاب في هذه الصورة ومذهب المص هنا والمحكي عن الفاضل في يه والارشاد وجميع السيدة في المناهل على الصحة والشهيد في المسالك والشيخ قدس سره في الجواهر على الفساد وهو المحكي عن جامع المقاصد وحققنا الخلاف من اصالة الجواز ومن انه مال مضمون على القابض فجاز ضمانه ومن انه غير ثابت في ذمة المضمون عنه ولا يمكن انتقاله الى ذمة الضامن لان المضمون هو الاعيان المشخصة والواجب رد اعيانها وهي غير ثابتة في الذمة فلا يصح ضمانها وتنقيح الكلام هو انا نقول الضامن لا يخلو اما ان يضمن نفس الحكم التكليفي وهو وجوب الرد بحيث لا يكون متعلقه الا هذا الحكم التكليفي وتارة يتعلق بضمان نفس العين الموجودة ثم يتعلق عليه وجوب الرد فان كان الاول فلا ريب في عدم الصحة لعدم كون وجوب الرد مالا وعدم كونه قابلا للنقل والانتقال الى الغير وان كان الثاني فلا ريب ولا اشكال في انه بعيد فح انه صفة المال وذلك يصدق في تعريف الضمان عليه وهو التعهد بالمال وكونه في الذمة لا مدخلية في مفهومه فعلى هذا مقتضى القاعدة هو صحة ضمان العين بمعنى

وجوب رده اذ المفروض صدق تعريف الضمان اصطلاحا عليه فيندرج تحت اطلاقات ادلة الضمان
وعمومات العقود ايضا فيكون مقتضى الصحة موجودا ولا مانع منها في المقام الا ما ذكرنا من
دعوى الاجماع على اشتراط كون المال في الذمة لا في خارجها ومقتضى هذا الاشتراط ان عدم
صحة ضمان العين بالمعنى المذكور كما لا يخفى فقولهم هنا على الصحة مما لا يجتمع مع اتفاقهم ثمة على
الاشتراط المذكور والحق فالامر مشكل جدا اللهم الا ان يتكلف بالتوجيه في كلامهم على وجه يجمع بين كلماتهم
من دون التناقض فيها بان يقال ان اتفاقهم هناك بناء على كون المال في الذمة وعلى كون الضمان للاشتغال
انما هو فيما اذا كان المال دينا بمعنى كونه من الحقوق المالية المستقرة في الذمم او الآيلة اليه الا ترى ان الكفالة
من افراد الضمان ولم يوجد فيها ذلك الا انه خاصة فضمان العين ايضا كذلك ومن هنا ذهب بعد ذكر
الى ان ضمان العين انما هو نقل الذمة الى الذمة على جهة التشريك لا النقل حيث قال ان ضمان
المال نافذ عندنا وفي ضمان الاعيان المضمونة اشكال قريب عندي جواز مطالبة كل من
الضامن والمضمون عنه والحاصل انه مقتضى هذا الجمع انه ثم يمكن القول بالصحة بالفرض والا
فالامر مشكل جدا فتأمل ثم ان الثمرة تظهر فيما في ضمن تلك الاعيان بالنسبة الى الضامن وجوب ردها
مع بقائها وضمانها مع تلفها وقد اشار الى ذلك وظاهر هنا الضمان وفيه نظر اجل
احتمال الصحة في غاية القوة لما تقدم اليه الاشارة وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف في انه لو
ضمن ما هو امانة كالمضاربة والوديعة والعارية الغير المضمونة والرهن لم يصح لانها ليست
مضمونة في الاصل اي وقت الضمان لا ردا ولا عوضا على تقدير تلفها نعم لو طرأ الضمان بتعد او
تفريط مثلا ففي صحة ضمانها وعدمها ما تقدم في البحث السابق واما الحكم قبل حصولها فلا يكون كالسابق
كما ان تعليل المصنف هنا مشعر بالفرق بينهما ووجه الفرق ان سبب الضمان حاصل في المسألة السابقة
حاصل باليد العادية بخلافه هنا لانها ليست مضمونة وان فرض ضمانها على تقدير التعدي
لكن السبب الآن ليس بواقع لانها امانة ولانها مانع بعد التعدي فحكمها حكم السابقة فتدبر وهو انه لا
خلاف ولا اشكال في جواز الضمان في الضمان بان يضمن ضامن ثم يضمن عنه وهكذا الى عدة ضمناء

فيتسلسل

فيتسلسل وذلك لتحقق شرط الضمان الذي هو ثبوت المال في الذمة ويرجع كل واحد منهما على
من ضمن عنه اذا كان باذنه على الاصل الذي يرجع اليه الضامن الاول اذا كان باذنه لا والظاهر
انه مما لا خلاف فيه ولا شبهة تعتريه بل الاشكال انما هو فيما لو جاء شخصان وضمنا معا فقد يقال
على القول بان الضمان ضم ذمة الى ذمة لا اشكال واما على القول بانه ناقل فمشكل بانه ينتقل
المال اليهما معا وكان كل واحد منهما مشغول الذمة بالمضمون مستقلا او على التقسيط
او الى احدهما لا على التعيين اوجه كما في الايضاح الثالث التعاقب اقوالها واوسطها اقواها ولكن للاشكال
في جواز الدور وايضا خلافا للمحكي عن الشيخ في ط من منعه لصيرورة الفرع فيه اصلا وبالعكس ثانيا
على فرض التسليم فنقول ان ذلك لا يصلح لمانعيته واما من التلع فلان الغايته انما يحصل بالاداء
والاعتبار باختلاف الضمان بالحلول والتأجيل ولا يشترط العلم بكمية المال حال الضمان
فلو ضمن ما في ذمته صح على الاشبه للاصحاب في ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه بعد ذلك
قولان احدهما الصحة وهو الاشهر بل المحكي عن الغنية الاجماع عليه والمحكي عن الشيخ في ط وف
والقاضي في مهذبه وابن ادريس في سرائره عدم الجواز والمعتمد هو الاول للاصل وعموم قوله تعالى
وانا به زعيم مع اختلاف كمية الحمل وعموم قوله الزعيم غارم ولان الضمان عقد لا ينافيه
الغرر لانه ليس معاوضة لجوازه من المتبرع وضمان العهدة والقول بان التمسك بان الزعيم
غارم لا يصح اذ ليس هو من اخبارنا وانما هو من قول العامة ففيه انه وان كان كذلك الا انه معمول
عند اصحابنا ايضا وضعفه منجبر بذلك واستدل الخصم بوجوه منها ان ضمان المجهول غرر لانه لا
يدري كم المال الذي عليه ونهى النبي ص عن الغرر واجيب بان الغرر انما هو في المعاوضات التي
تفضي الى التنازع فيه ومنها ان عقد الغرر فيه اقدام على الغرر وهو مقدم على قاعدة العلم
ثم انا اعلم انه ذكر الشهيد في لك وحكي عن التحرير وكره وجعله ان محل النزاع انما هو فيما يمكن
العلم فيها بعد ذلك كقوله انا ضامن للدين الذي لك عليه اما لو ضمن بحيث لا يمكن الاستعلام
كضمنت لك شيئا مما في ذمته فلا يصح قولا واحدا لصدق الشيء على القليل والكثير واحتمال

لزوم اقل ما يتناوله الشيء كالاقرار مندفع بانه ليس هو المضمون والحكم منها معين وهو الرجوع
الى المقر في الاقرار والحاصل ان هذا الكلام جيد اذا كان المراد عدم امكان العلم في الواقع للابتلاء
والا كان محلا للنظر ضرورة ان مقتضى الادلة التي ذكرناها عدم الفرق بين الجميع فيصح ضمان
ما في الذمة مطلقا وكيف كان فعلى ما اخترناه من صحة ضمان المجهول الكمية والمقدار يصح فطريق معرفة
المقدار في صورته انما هو البينة لا غير بمعنى انه يلزم الضامن ما تقوم به البينة ان كان ثابتا
في ذمته وقت الضمان فلا اعتبار بما يوجد في كتاب ودفتر وحساب وغير ذلك مما ليس طريقا
مثبتا لما في الذمة وتوضيح المرام في هذا المقام يحتاج الى البسط في الكلام والا في صورة عدم النزاع
والخلاف لا يحتاج الى البينة كما لا يخفى فاذا كان كذلك فالمراد بالنزاع في هذا المقام هو النزاع
بين الضامن والمضمون له لا واسطة منه ومن ان يكون بين الضامن والمضمون عنه ايضا والذي
يظهر من المسالك والمناهل هو الثاني ولكن لا يخفى على الخبير البصير بعد التأمل التام ودقة النظر ان
المراد هو الاول وان النزاع بين الضامن والمضمون عنه غير معقول اذ بعد تسليم المضمون
عنه بان الضامن ضمن ما في ذمته والمفروض ان هذا العنوان معين ومشخص في الواقع فلا يتصور
النزاع نعم يتصور النزاع بينهما بالنسبة الى الرجوع الى المضمون عنه وعدمه بعد التأدية وهذا
نزاع اخر لا مدخلية له فيما نحن فيه كما هو واضح ومن هنا ظهر عدم كون المضمون عنه معقولية قول من
قال يحلف المضمون له ان رد المضمون عنه اليه وذلك لما عرفت من عدم كون المضمون عنه من احد طرفي
المتخاصمين حتى يكون اليمين حقا له والحاصل انه بعد ما عرفت ان النزاع انما هو بين
الضامن والمضمون له بان يقول المضمون له اني اطلب منك الف درهم مثلا فقال الضامن
لا بل ثمانمائة يجري عليهما احكام الدعاوي من انه على المدعي وهو المضمون له اقامة البينة على انه
كان ثابتا في ذمته وقت الضمان لو ما يوجد كذا وكذا فيلزم على الضامن هذا المقدار الذي
اقام به البينة ومن مؤنة الثبوت بالبينة هنا على حكم الحاكم وبعد وقد لم يثبت كما حققنا في محله
ومن ضم اليمين بالشاهد الواحد في صورة تعذر الشاهدين ومن حكم الحاكم بعلمه وغير ذلك

من الاحكام

من الاحكام هذا محصل الكلام في المسألة ثم لا يخفى ان فيها اقوال اخر منها انه كما يثبت ما في الذمة
بالبينة كذلك يثبت باقرار الغريم على المضمون عنه واليه ذهب ابو الصلاح وابن زهرة
ولا اجد لهما مستندا واضحا والحق عدم الثبوت بالاقرار لانه اقرار في حق الغير فلا يندرج تحت
عموم اقرار العقلاء فان اقرار العقلاء على انفسهم جائز كما لا يخفى نعم لو كان اقراره قبل الضمان فلا
شك في كونه معتبرا لانه داخل تحت هذا العموم ولعل هذا مرادهم ومنها انه يثبت بحلف المضمون
له مطلقا وهو قول الجنيد فظاهره الا انه حق المضمون عنه او لو فاداه ورده الى المضمون له وحلف ثبت الحق
وفيه انك عرفت بان النزاع انما هو بين الضامن والمضمون فيحلف حق للضامن لا المضمون
عنه نعم لو كان الحلف برد الضامن ثبت عليه ما حلف عليه ومنها ما ذهب اليه الشيخ في ط كما حكي عنه
من التفصيل بين ان يكون الحلف برضا الضامن فيثبت بخلاف ما لو لم يكن برضائه ويمكن ان
يكون مراده هو توكيل المضمون عنه من الضامن حيث يكون الحلف مختصا له ثم لا يكون مخالفا
لنا كما لا يخفى كما انه يمكن ان يكون مراد القائلين بثبوته بالحلف مطلقا هو هذا التقييد ولكنه
بعيد لو صح ولكنه بعيد جدا او ظهر من بعض المتأخرين تفصيل اخر في المقام وهو ان جعلنا
يمين المدعي كالبينة فيثبت على الضامن ما حلف عليه وان جعلناها كالاقرار افتقر الى رضاء الضامن
وفيه تأمل يظهر وجهه مما قدمناه هذا كله اذا ضمن ما في ذمته اما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح
لانه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان لا يخفى ان محل الكلام انما هو فيما اذا جعل عنوان الضمان
هو ضمان ما يشهد به البينة على وجه الموضوعية اما لو جعل العنوان هو ضمان ما في الذمة ويكون
طريق معرفة الثبوت هو البينة فهو مسألة السابق والمشهور على صحته مع ان المشهور هنا على
البطلان فظهر ان المراد هو ما اذا جعل عنوان الضمان نفس الشهادة بان يقول انا ضامن لما يشهد
به عليك فذهب المشهور بل كاد ان يكون اجماعا على البطلان والمحكي عن الشيخ في ط هو الصحة
وقد عللوا للبطلان بطرق مختلفة والذي اجد في كلامهم ثلثة احدها وهو المعتمد في الاستدلال
انه ضمان ما لم يجب لان ثبوت الحق انما هو بعد الشهادة وقبلها ليس بثابت اصلا فيكون الضمان

قبلنا من قبيل ضمان ما لم يجب وهو لا يجوز اتفاقا كما ذكره غير واحد وثانيهما هو ما علل به الاكثر
ومنهم المصنف هنا فانه لو لم يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان وان كان ثابتا في نفس الامر ويستفاد
من هذا التعليل انه يشترط في صحة الضمان العلم بثبوت المال في الذمة حين الضمان فلو لم يعلم
بثبوته في الذمة وقت الضمان لم يصح وحكي في المناهل انه قد صرح في مجمع الفائدة بان هذا الشرط
يستفاد من اكثر العبارات مثل عد والتحرير وغيرها ولكن انت خبير بما في هذا التعليل لعدم الدليل على
هذا الشرط لان العقد والمتيقن من الدليل هو اشتراط كونه ثابتا في الذمة والمتبادر منه هو الشرط
الواقعي لا العلمي فاشتراط العلم يحتاج الى دليل آخر فيكون ضمانه صحيحا وان لم يعلم بالثبوت غاية الامر ان
صحته مراعى فان ظهر الثبوت من حين الضمان فيستقر والا فلا فالحكم بالفساد لاجل هذا الدليل مما
لا وجه له وثالثها ما ظهر من الشهيد في ذلك وعن بعض آخر وهو ان ضمانه لما يشهد به عليه
لما كان يشمل ما كان ثابتا في ذمته وقت الضمان وما يتجدد فلا يصح اذ لا يدل على الضمان المتقدم
لان العام لا يدل على الخاص فعلى هذا لو صرح بقوله ما يشهد عليه انه كان ثابتا في ذمته
وقت الضمان فلا مانع من الصحة كما لو ضمن ما في ذمته ولزمه ما تقوم به البينة انه كان ثابتا الخ وفيه
ان العام الذي لا يدل على الخاص هو العام المنطقي المعبر عنه بالمطلق عند الاصول واما العام الاصولي
المستغرق فدلالته على الخاص ظاهرة وهو هنا كذلك فعلى ان لا وجه لعدم الصحة بالنسبة الى
ما ثبت وقت الضمان وما يتجدد بعده كليهما ففيه منع والجواز لا مانع من الصحة بالنسبة الى ما ثبت.
وان اريد عدم صحته بالنسبة الى المجموع من حيث المجموع وان كان صحيحا بالنسبة الى ما ثبت فهو
مسلم ولا ضير فيه وملخص الكلام في هذا المقام بحيث يكشف عنه المرام هو انا نقول ان كان محل الكلام
والبحث هنا في اشتراط العلم باشتغال ذمة المضمون عنه وقت الضمان فقد بينا ان عدم الاشتراط
والصحة مع الثبوت وعدم العلم في غاية القوة وان كان محل البحث في مفاد هذه العبارة غير
ما المعنى ضمنت ما شهد به عليه فان قلنا انه مجمل ولا يدل على ما ثبت وما يتجدد اصلا كما هو الظاهر
كونه محلا للكلام ففي الصحة والفساد اشكال ولكن مقتضى القاعدة التي ذكرناها من عدم العلم
بالثبوت

كان في الصحة هو صحته وايضا المحكي مما قلناه الا ان المشهور لما كان على خلافه لكان القول بالفساد صحيحا
وان قلنا انها تدل على ضمان ما ثبت في الذمة لا ما يثبت ولا الاعم منهما لكان القول بالصحة في
غاية القوة كما لا يخفى ولو فرض دلالته على ارادة الاعم ولو بواسطة القرينة فلا اشكال في الفساد
بالنسبة الى ما يتجدد ولكن بالنسبة الى ما ثبت فاشكال لكن الصحة في غاية القوة كما يصح البيع في
صورة تبعض الصفقة بالنسبة الى ما يصح بيعه فتدبر وقد ظهر لك مما ذكرنا الكلام في جميع اطراف
المسئلة والحمد لله رب العالمين قال المصنف البحث الثاني في اللواحق وفيه مسائل الاولى اذا ضمن
ضامن للمشتري عن البائع عهدة الثمن لزمه دركه في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من رأس
اعلم ان معنى ضمان العهدة هو ان الضامن شيئا وخشي ان ظهر الثمن مستحقا او خشي من ان
ظهر المبيع مستحقا فان لكل منهما ان يضمن وصلا على رد الثمن ان ظهر مستحقا رجع المضمون له
الضامن حتى شاء فسمي ضمان العهدة التزام الضامن ما في عهدة البائع او المشتري درك ولا
يخفى انه يعتبر في موضوع ضمان العهدة اشياء وحدود منها انه يختص ضمانا يختص كل واحد من الثمن
والمثمن وان كان الثمن كليا في الذمة بمعنى كونه دينا فلو تلف قبل القبض او ظهر كونه مستحقا لم يصح
الضمان ولا يرجع الا الضامن ووجهه واضح ولا يحتاج الى البيان ولا مخالف في ذلك ومنها
هو انه يلزم ان يكون كل واحد من الثمن والمثمن حلوكا لانه لو كان كلاهما مستحقين للغير معا
فليس ذلك من ضمان العهدة اصلا اذ لا يخرج ما يعتبر في مفهوم الضمان بل هما ضامنان للمال
الاجنبي كما لا يخفى على من له ادنى خبرة في الفقه ومنها هو انه يشترط فيه ثبوت حق المضمون في ذمة
المضمون عنه وقت الضمان ولو في نفس الامر وان لم يعلم بالمال كما ذكرنا في غير ضمان العهدة
وذلك انما يكون على تقدير فساد البيع من الاصل بظهور استحقاق المبيع مع عدم الاجازة او تخلل
في البيع المقتضي فساده كتخلف شرط فيه واقتران شرط فاسد فان ضمان الثمن للمشتري عن البائع او بالعكس
صح في جميع ذلك لان المضمون كان ثابتا حال الضمان لقبضه له بغير استحقاق ووجه حق ثابت
فيصح ضمانه فيانه بوجه اوضح هو انه لو سلم ان المشتري انما اعطى الثمن على وجه العوضية بمعنى كونه

عوضا عن المبيع فاذا انتفت العوضية بظهور كون المبيع مستحقا للغير صار الثمن بلا عوض وكان
البائع ح عليه يد ضمان وعليه رده او قيمته ومثله على تقدير التلف فاذا كان عليه يد ضمان من
اول الامر فيصح الضمان عنه للمشتري وكذلك للبائع بالعكس ومن هنا ظهر ان الموجب للضمان في
هذا المقام هو قاعدة اليد لا مجرد عقد الفاسد كما توهم اذ غاية ما يدل عليه العقد الفاسد هو
ان البائع لا يملك الثمن على تقدير كون المبيع مستحقا وكذا المشتري لا يملك المبيع على تقدير كون
الثمن مستحقا اما دلالته على ضمان كل واحد فلا يحتاج في ثبوته الا التمسك بقاعدة على اليد ما
اخذت حتى تؤدي كما لا يخفى وكيف كان فضمان العهدة بالمعنى الذي ذكرناه مما لا يستشكل في صحته ولو
بعض بل هو مما دل عليه الاجماع والضرورة وهذا هو الموجب لخروجه عن ضمان الاعيان كان هو مختلف فيها
هو ومنها انه هذا كله فيما لو كان الموجب لبطلان العقد من اول الامر اما لو تجدد الفسخ اي بطلان
العقد بسبب الطارئ عليه كالتقايل وتلف المبيع قبل القبض لم يلزم الضامن بل يرجع المشتري
على البائع هذا هو مذهب الاكثر الاشهر بل كاد ان يكون اجماعيا وهو المعتمد لما عرفت من اعتبار
ثبوت الحق وقت الضمان في صحته من غير فرق بين ضمان العهدة وغيره والحاصل في سبب الطارئ
لم يكن الحق ثابتا اصلا لا فعلا ولا شأنا لان المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا وفي نفس الامر
فلا يكون الثمن لازما للبائع حتى يضمن انما التلف الطارئ كان سببا في حكم الله بعود الملك الى صاحبه
من اصله فهذا ضمان شيء لم يثبت بالشرع ولا ضمان عقد وكلامنا انما هو في الثاني وقد قيل
بصحة هذا الضمان للحاجة فلو لم يكن صحيحا لاختل امور المعاش وانسد باب المعاملة على الناس
وفيه ضعف واضح وحكي عن التذكرة انه قال بان هذا مبني على ان الفسخ او التلف هل يبطل
العقد من حينه او من اصله فعلى الاول لا يصح الضمان وعلى الثاني يصح وقد اورد في المسالك عليه
بانه وان حكمنا بكونه يبطل من اصله لكن مع هذا لا يصح الضمان لان هذا حكم لاحق للضمان فان
المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا وفي نفس الامر فلا يثبت حال الضمان الثمن لازما لم يكن لازما
للبائع حتى يضمن وانما التلف الطارئ كان سببا في حكم الله تعالى بعود الملك الى صاحبه من اصله وكيف كان
فمقتضى

مقتضى القاعدة هو عدم الصحة لانه من ضمان ما لم يجب فيرجع المشتري ح الى البائع وكذا لو فسخ
المشتري بعيب سابق اختلفوا في كونه داخلا في ضمان العهدة اولا والمشهور بين الاصحاب رضوان
الله عليهم هو الثاني فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير الفسخ بالعيب بل يرجع به المشتري على
البائع احتج عليه في المسالك وغيره بان فسخ البيع انما ابطل من حينه لا من اصله فلم يكن حال الضمان
مضمونا حتى لو صرح بضمانه فسد لانه ضمان ما لم يجب وعلل بعضهم لعدم الصحة بان الذمة انما
اشتغلت به بعد الفسخ والشرط الذي بني عليه الضمان هو ضمانه حال اشتغال الذمة وقت
الضمان الذمة غير مشغولة ووقت الاشتغال متأخر لم يقع فيه ضمان فلم يصادف الضمان
محلا ولا يؤثر هنا تقدم سبب الفسخ وهو العيب الموجود حال البيع لان المدار على اشتغال الذمة
وقت الضمان وهو غير حاصل وفيه ما ذكرنا من ان ثبوت الفعلي لا يشترط في صحة الضمان
بل الثبوت الشأني كاف في ذلك فتبين ان مقتضى القاعدة صحة هذا الضمان لو لم يكن الشهرة على
خلافه فتم ثم انه لو لم يفسخ المشتري فيما اذا ظهر المبيع معيبا بعيب سابق بل طالب بالارش ورجع
على الضامن لان استحقاقه ثابت عند العقد وفيه تردد ووجه التردد لا يخفى اما ان يكون
لاجل التردد في ان العلم بالثبوت شرط حين العقد فلا يصح ضمان الارش هنا او لا فيصح او
لاجل ان الاستحقاق انما حصل بعد العلم بالعيب واختيار اخذ الارش والموجود حالة العقد
انما كان ملزما بغير الارش بل التخيير بينه وبين الرد فلم يتعين الارش الا بالاختيار ولو قيل
ان احد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كافراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب
قبل اختياره فيوصف هذا بالثبوت ايضا قبل اختياره لزم مثله في الثمن لانه يثبت ولا يخفى
ان كلا الوجهين ضعيفان ولا يصلحان للترديد اما الاول فلما اثبتنا سابقا من عدم
كون العلم شرطا واما الثاني فلانا نقول انا نفهم من ادلة الارش انما يستحق بمجرد كون المبيع معيبا
لكن الخيار في امضاء العقد وابطاله فلو اختار الاول يتعين استحقاقه بالارش ويستقر واما
فلانا في كونه مستحقا من اول الامر غاية الامر بالاختيار يستقر وذلك يكفي في صحة الضمان

واما القول بانه كالثمن فيلزم صحة الضمان في الثمن ايضا فيه ان الحق ثبوت الفرق بينهما لان الثمن ما اوجب الا بالفسخ وقبله كان ملكا للبائع ولا شيء في ذمته حتى يصح الضمان عنه بخلاف الارش فانه كان واجبا بالاصل لانه عوض جزء فايت من مال المعاوضة فالثمن الزايد ليس في مقابلة شيء من العوض لا بكله عنه والحاصل ان شمول عقد ضمان العهدة للارش في غاية الخفاء لعموم ما دل على صحة الضمان ونحوه مما دل على صحة ضمان ما يؤول الى الثبوت فالاولى ذلك مما لا وجه له

المسئلة الثانية قد عرفت انه اذا خرج المبيع جميعه مستحقا رجع المشتري على الضامن اما لو خرج بعضه مستحقا رجع على الضامن بما قابل المستحق بلا خلاف ولا اشكال وكان في الباقي بالخيار لتبعض الصفقة فان فسخ رجع بما قابله على البائع خاصة وفاقا للمشهور لعدم انه داخل في ضمان الضامن ومن جنح الكلام في هذا المقام هو انه لا ريب ولا اشكال في صحة الضمان بالنسبة الى البعض الذي ظهر مستحقا للغير اذ ذلك البعض كان ثمنه ثابتا في ذمة البايع حال الضمان فيصح ضمانه فيطالب الضامن بحصة الثمن وانما الكلام والاشكال في انه ان فسخ المشتري في الباقي لتبعض الصفقة هل يرجع الى الضامن ويطالب بتمام الجميع او لا بل يطالب بثمن الباقي من البايع لعدم تناول الضمان مذهب الشيخ والمشهور على الثاني اقول الحق ان هذه المسئلة مبنية على ما قلنا مرارا من ان الشرط في صحة الضمان هل هو الثبوت الفعلي او ما هو منه ومن الثاني فعلى الاول لا يصح بخلاف الثاني فان سبب التاهل للثبوت موجود وهو وجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب فيه مقتضى القاعدة هو صحة الضمان الا انه لما قام الشهرة في المقام على خلافه فمن هو هنا في الجملة للاطلاقات فمراعاة الاحتياط اولى فيه

المسئلة الثالثة اذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناء او غرس لم يصح من ضمان ما لم يجب الا انه لو ضمن للمشتري ضامن عن البايع الذي اشتراه بان يقول انا اضمن لك درك ما احدثت في الارض التي اشتريتها من بناء او غرس لو ظهرت الارض مستحقة وقلع المالك بناءه وغرسه واراد بدرك ذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتا او مقلوعا فاختلفوا

فاختلفوا في ذلك الضمان هل يصح ام لا على اقوال ثلثة فمنهم من قال بعدم الجواز وهو المشهور ومنهم من قال بالجواز مطلقا ومنهم من فصل بين الاجنبي والبايع فلا يصح الضمان من الاول بخلاف الثاني وهو مختار العلامة هنا على الظاهر فيما اذا عرفت ذلك فاعلم انه مقتضى القاعدة هو صحة الضمان المذكور لقاعدة الغرور واولا اذ البايع انما سلطه المشتري على الانتفاع مجانا وذلك غرور منه ومن الغرور الى من غره فيكون ذمته مشغولة فيصح الضمان عنه وثانيا للقاعدة التي ذكرها من انه لا يلزم في تحقق الضمان والمضمون عنه من وجود علقة بين الضامن والمضمون عنه اما ثبوت شيء فعلا او تاهلا ولا يختص وجود العلقة بالاول كما اثبتنا سابقا ولا ريب في انه تحقق فيه سبب التاهل الذي يعبر عنه بالسبب الناقص موجود في المقام وهو كون الارض مستحقا للغير فمع ذلك فمستند المانعين منهم ان كان هو لاجل ان سبب التاهل مفقود في المقام فلا يصح الضمان لذلك ففيه انه تحكم محض كما لا يخفى وان كان لاجل ان الشهرة قامت على عدم الجواز فيكون ذلك قادحا للشمول الا طلاقات لما نحن فيه فله وجه وكيف كان فلا ادري مستندا للتفصيل المذكور بل هو من الغرائب والعجب انه كلامنا في المقام انما هو في ضمان العهدي ولا شروط وان كان واحدا للشرائط فيصح من الجميع والا لم يصح من الجميع من دون فرق بين ان يكون الضامن اجنبيا او بايعا بل ضمان البايع اولى بعدم الصحة من ضمان الاجنبي اذ يشترط في ضمان العهدي تحقق اركان العقد من الضامن والمضمون عنه والمضمون له ولا يتصور في ضمان البايع عن نفسه والتعدد اعتباري غير كاف كما لا يخفى على المتامل بصدد ومثل هذا الكلام عن المحقق الكركي بعيدا فلا من توجيه كلامه فنقول الفرق بينهما بالنسبة الى الذي يكون في مقام التوجيه احد امور ثلثة الاول ان نقول انه ليس في مقام الفرق بينهما بالنسبة الى ضمان العهدي حتى يعترض عليه بانه قال بعدم الفرق بينهما في عقد الضمان الا ان مقصوده من هذا الكلام هو اثبات صحة ضمان الشرط للبايع بمعنى انه شرط في ضمان العقد البايع فيصح ولا يصح من الاجنبي في مقابل من قال بعدم الصحة لجهالة هذا الشرط فيكون الضامن ح قائما مقام ضمان السبب وهو

ما كان في ذمته قبل العقد وضمان الشرط لكن لا يخفى ان هذا الوجه وجيه الا انه لا يناسب مقابلته في قال هذا الكلام بانه لا يلزم منه نقض العقد الثاني هو ان يكون مراده بهذا الكلام هو الضمان العهدي ومع ذلك قال بوجود الفرق بين الاجنبي والبايع بناء منه على انه لا شك ولا ريب في ان الضمان السببي ثابت للبايع بمعنى ان ذمة البايع مشغولة بالمال من الاصل ضمنا ام لا كما اشار اليه في ذلك بانه لا خلاف ليس في ثبوت ذلك على البايع ام لا فانه غير ثابت بعقد بل في ثبوته بسبب عقد الضمان ما اذا كان كذلك فاذا ضمن كان ضمانه هذا محققا ومؤكدا للضمان السببي بخلاف الاجنبي فانه لما لم يكن لضمان السببي من الاول فلا يصح منه الضمان بالعقد ابتداء لكن لا يخفى ما في هذا التوجيه اذ صحة ضمان العقدي وعدمها لا يكون منوطا بالضمان السببي ولا مدخلية له فيها بل صحته وعدمها موقوف على وجود شرطه وعدمه فان كان واجدا له فلا بد من الصحة من الجميع وان كان فاقدا له فلا بد من عدم الصحة كذلك فلا وجه للفرق الثالث ان يكون مراده بقوله والوجه الجواز بمعنى الوجه في الجميع اي الاجنبي والبايع الجواز فهو رد من القائلين بالجواز ولا يكون مفصلا لكنه خلاف ظاهر العبارة فتدبر وكيف كان لو صح ضمان البايع بسبب عقد الضمان فتظهر الفائدة فيما لو اسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع ويبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان كما لو كان له خيارات متعددة فاسقط احدها فانه يصح ويفسخ بالخيار الاخر ان شاء فتدبر

المسئلة الرابعة اذا كان له على رجلين مثلا مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه تصور المسئلة هو ما اذا كان لزيد مثلا حق على عمرو وحق على خالد ثم ضمن عمرو الذي كان مديونا لزيد حق الذي كان ثابتا في حق خالد وكذلك بالعكس ففي صحة هذا الضمان وعدمها اشكال ومن جنح الكلام في هذا المقام هو انه لو فرض اما ان يكون المالان مختلفين قلة او كثرة وحلولا وتاجيلا او جنسا وبين من جميع الوجوه فان كان الاول فالظاهر انه لا خلاف ولا اشكال في صحة الضمان لاجتماع شرايط الضمان في كل منهما ووجود الفائدة وان كان الثاني فان كان ضمانهما دفعة واحدة مع رضاء المضمون

عنه لك فالظاهر انه مبني على المسئلة السابقة من ضمان الدوك وان كان بينهما فرق من جهة ان الحق في ضمان الدور كان واحدا بخلاف ما نحن فيه فان الحق فيه متعدد وكيف كان فمن قال بصحة ضمان الدور قال بالصحة ايضا هنا ومن قال بعدمها ثمة كالشيخ ينبغي ان يقول هنا كذلك لعدم وجود الفائدة اذ المفروض ان عمرو كان في ذمته عشرا قبل الضمان وبعده ايضا كذلك فلا فائدة فيه فلا يصح الضمان فيه وفيه ان المعتبر في الفائدة هو نوعها لا شخصها ولا ريب ان الضمان المذكور بالنوع مفيد للفائدة وهي افتكاك الرهن ان كان عليهما او على احدهما لاداء الضمان ضمنا وغير ذلك والحاصل انه لا ينبغي ان يتامل في صحة هذا الضمان هذا فيما لو ضمنا دفعة اما لو على التعاقب فلا ريب ان الجميع يتعلق بالضامن الثاني فيما لو اطلق ضمان ما في الذمة كما لا تبرء ذمة الضامن الاول وكذلك لو قبل المضمون له ضمان احدهما دون الاخر كان الجميع عليه وح ان دفع الضامن النصف الى المضمون له فهل له الرجوع الى المضمون عنه ام لا فان قصد انه الدين الاصلي فلا يجوز الرجوع اليه وان قصد انه لدين الضمان فيجوز ولو اختلفا فيقدم قول الضامن مع اليمين لانه منكر وان لم يقصد به شيئا اصلا بل اطلق فالوجه التقسيط نظرا الى الجمع بين الحقين ولزوم الترجيح بلا مرجح ان انصرف الى الواحد معين واحتمال القرعة ضعيف وكذا لو ابرء المضمون له نصف ما في ذمة الضامن وتنازع الضامن مع المضمون عنه فقال المضمون عنه ان المبرء هو دينه وقال الضامن بل دينه الاصلي فح ان امكن الرجوع الى المضمون له فالقول قوله بلا يمين لانه مصدق في قوله وهو ليس من اطراف الدعوى حتى يحتاج الى اليمين وان لم يمكن الرجوع الى المضمون له لموت او جنون او غيره فح ان اتفق المتخاصمان على ان المضمون قصد بابرائه هذا دينا معينا ولكن اعترف كل منهما بعدم العلم بذلك معينا بان يقول كل منهما يحتمل ان يكون هو الدين الاصلي او الفرعي فح طريق رفع المخاصمة اما الصلح او القرعة وان ادعى كل منهما على الاخر العلم بذلك فح يجري عليه احكام التداعي من التحالف وغيره واما ان اتفقا بان المضمون له لم يقصد بابراء هذا شيئا اصلا بل كان اطلق كلامه ففي

كان الحكم فيه ايضا التقسيط كما لا يخفى وجهه ولو قضى احدهما ما ضمنه عن صاحبه برى من ضمانه وبقى على
الاخر ما ضمنه عنه الخ لا خلاف ولا اشكال في انه لو ادى احد هذين الضامنين ما ضمنه عن صاحبه
برئ من ضمانه دون صاحبه فانه لا يبرء ذمته الا بالاداء بل الكلام والاشكال انما في رجوع
احدهما الى صاحبه قبل تاديته لو كان التادية باذن صاحبه فنقول هنا صور واحدها
ان ادى احدهما ما ضمنه وادى الغريم الاخر فح لا اشكال في ان صاحب التادية يرجع الى صاحبه ولكن
هل يرجع اليه لان حق الرجوع انما هو يتوقف على التادية والمفروض انه لم يؤد للابراء وثانيها
ان يقضي احدهما ما ضمنه ولكن تأخر التادية عن الاخر فلا اشكال يرجع الاول الى الثاني قبل تاديته
لو كان تادية الاول باذن الثاني ام لا يحصل التهاتر بينهما فهل يجوز ضمان كل منهما باذن الاخر
فيه اشكال وخلاف ولكن التحقيق في المقام موقوف على بيان معنى التهاتر اولا فنقول انه عبارة
عن اشتغال الذمتين او الكثير بالعين صفة وبين قدرا او جنسا فلو اختلفا جنسا فلا يكون
من التهاتر اصلا اما لو اختلفا بحسب القدر بان يكون في ذمة عشر او في ذمة اخرى خمسة مثلا
مع اتحادهما في الجنس يحصل التهاتر بالنسبة واما بالنسبة الى الزايد فلا كما لا يخفى فاذا عرفت ذلك
فاعلم انا ان قلنا في هذا المقام بكون السبب في اشتغال ذمة كل من الضامنين للاخر هو مجرد العقد
من دون مدخلية الاداء اصلا او قلنا بان الاداء كاشف عن اشتغال الذمة في الواقع
فح لا ريب في عدم جواز رجوع كل واحد منهما الى الاخر لحصول التهاتر القهري ح نصدق فرضه عليه
في هذا المقام واما ان قلنا بان التادية هو جزء السبب او تمامه لاشتغال ذمة المضمون
عنه للضامن فلا يكون من التهاتر بل يرجع من ادى اولا الى من لم يؤد لانه بالاداء يستحق
الرجوع بخلاف من لم يؤد فلا يجوز له الرجوع ما لم يؤد نعم لو لم يرجع الاول حتى يؤدي الثاني يحصل
التهاتر ح ايضا هذا كله في ضمان كل منهما على الاخر اما لو ضمن اثنان عن واحد فلا يخلو اما ان يكون
ضمانهما دفعة او على التعاقب فان كان الاول فان رضي المضمون له بواحد منهما من الضامن دون
الاخر فان رضي بهما جميعا ففي صحة هذا الضمان وعدمه ح اشكال وخلاف والاحتمالات المتصورة

في هذا المقام ثلاثة احدها هو بطلان هذا الضمان من راس كما ذهب اليه بعضهم نظرا الى ان
هذا الضمان مستلزم لثبوت مال واحد في ذمتين وهو الممتنع عقلا لان اشتغال الذمتين بمال
واحد لشخص واحد من دون عدم في طلبه شيء واحد من ظرف في الظرفين وحال الحلين في آن واحد
وثانيها هو انه صحيح ولكن مع التقسيط بالنصف او الثلث ان كانوا ثلثة وهكذا نظرا الى ان السبب
متعدد وهنا ولا بد ان يؤثر كل واحد اثره فلا بد من التقسيط بحكم العقل كما هو طريقة الجمع بين
الاسباب في صورة الاجتماع وثالثها ان يكون الضمان صحيحا من دون التقسيط بل يكون ذمة
كل منهما مشغولا بتمام المال مستقلا وللمضمون له مطالبة كل منهما على البدل ولا استحالة فيه عقلا
اذ المستحيل في نظر العقل انما هو صيرورة شيء واحد في محلين واقعا واما صيرورته في محلين
فان كان من الحسيات فلا يجوز واما ان كان من المعنويات فلا مانع منه كما ان نظيره كثير في
الفقه اما في العبادات كالواجب الكفائي حيث ان الذمم المتعددة مشغولة بامر واحد والكل
مكلف على البدل واما في الاموال كالايدي المتعاقبة على المغصوب وكما لو في الجاعة التي
مناعلت في الحوجث ان الكل ضامن وذمتهم مشغولة مع كون المال واحدا والحاصل ان
حال الاسباب المتعددة ليس الا كالاوامر الشرعية ودعوى التاويل في المذكورات بان الاول
الكفائي من التكليفيات وكلامنا هنا في الحكم الوضعي واما الايادي المتعاقبة الضامن هو من
اتلف المغصوب في يده دون الكل ضعيف جدا وهذا الاخير هو المعتمد ومنه يظهر الجواب
عن الوجه الاول واما عن الثاني فلعدم الدليل عليه فتم واما ان كان الثاني فالضامن هو من رضي
المضمون له بضمانه وان اطلق الرضا بهما فبما في الكلام السابق فيجري فيه وجوه والقول بانه
كان الضامن هو المتقدم بعيد جدا فتامل في هذا المقام فانه من مزال الاقدام المسئلة الخامسة
اذا رضي المضمون له او ابراه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه توضيح الكلام في هذا المقام يتوقف
على بيان شيء وهو ان سبب اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن هل هو مجرد العقد الذي وقع
بينهما وتواطيا عليه وهو قول الاصحاب على ما قيل وقال قلت من دون مدخلية الاداء في ذلك او السبب

في ذلك هو الاداء او تشتغل ذمة الضامن وبعبارة اخرى السبب هل هو العقد او الحكم التكليفي
الشرعي وهو انه ان ادى الضامن فيستحق الرجوع الى المضمون عنه واشتغل ذمته ح او على الاول
هل الاداء سبب اللزوم والاستقرار بمعنى ثبوت الحق في ذمة المضمون عنه انما هو مراعى فيتزلزل
والاداء مستقر او لا بل هو كاشف عن ثبوته مستقرا من اول الامر وكذلك عدمه كاشف عن عدم
ثبوته كذلك كل محتمل فالاحتمالات ثلثة ولكن المعتمد كما سيجي تحقيقه هو الاحتمال الثالث فان كان
كذلك فيكون اشتغال الذمة واداء احدا وسببه فليشتغل ذمته ايضا بالجميع ويرجع اليه
ان ادى البعض فيرجع اليه البعض فلو ابرأ المضمون له ذمة الضامن كلا او بعضا فلو رجع الضامن
الى المضمون عنه اصلا فيما لو ابرء حطا او بالنسبة الى البعض المبرء عاما واما لو احتسبه على الضامن
في مقابل حق من حقوق الدين كحق الزكوة والخمس وغيرهما فالظاهر انه لا اشكال في رجوع
الضامن الى المضمون عنه لصدق الاداء ح عرفا واما لو احتسبه في مقابل عوض الاخروي كالثواب
وغيره فالامر ح مشكل الا ان القول بعدم الرجوع قوى لعدم صدق التادية والحاصل ان
الضامن لا يرجع الى المضمون عنه فيرجع اليه بهذا القدر فالضابطة الرجوع باقل الامرين
مما اداه من الحق في كل موضع له الرجوع نعم لو صالح الضامن مع المضمون عنه باقل من الحق كالو
صالح عشر دراهم مثلا بخمسة فلا يبعد القول برجوع الضامن الى المضمون عنه بتمام الحق فتامل
المسئلة السادسة اذا ضمن عنه دينا او اطلب باذنه فدفعه المضمون عنه الى الضامن فقد قضى ما
عليه هذا مبني على ما اشرنا سابقا من ان سبب اشتغال ذمة المضمون عنه بما يؤدي الضامن
هل هو مجرد الاذن بالضمان اولا بل لا بد مع ذلك الاداء وما دام لم يؤد لم يشتغل ذمته والظاهر من
كلام المص هنا الاول ولذا قال لو دفعه المضمون عنه الى الضامن فقد قضى ما عليه فتوضيح
الكلام في هذا المقام هو انه لا ريب ولا خلاف في ان ذمة المضمون عنه فارغة عن حق المضمون له
بل الكلام والخلاف انما هو في اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن بالنسبة الى ما يؤديه وهو
في الجملة ايضا مما لا كلام فيه بل الاشكال انما هو في ان سبب اشتغال ذمته هل هو مجرد عقد

عقد الضمان كما هو الظاهر من كلام المص هنا اولا بل السبب انما هو التادية وعلى الاول هل
الاداء للزوم الحق او لاستقراره او شرط كاشف عن ثبوت الحق على الاول استقرار حتى
العقد كل محتمل والذي يمكن ان يكون مستندا لهذا الوجه اي ان السبب في اشتغال ذمة
المضمون عنه بما يؤدي الضامن ولو قبل التادية هو ان الضمان نوع اداء والمفروض حصوله
باذنه فينبغي شغل ذمة المضمون عنه وان كان لا يستحق الرجوع عليه الا بالاداء وهو للدليل فلا
منافاة بين عدم استحقاق المطالبة او بين كون ذمته مشغولة كما لا يخفى ولكن لا يخفى على
الخبير البصير ان الاقوى خلافه بل السبب في اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن هو الاداء
المأذون فيه لا الاذن بالضمان لان الاذن في الشيء اذن في لوازمه للاصل والعمومات
اما الاول فلاصالة البرائة ذمة المضمون عن ثبوت الحق والعقد المتعلق من وجه غير هو
ما لو ادى الى الضامن فيكون ذمته مشغولا بلا كلام واما قبل التادية فيكون مشكوكا
فيندرج تحت هذا الاصل ولا يعارضه شيء واما الثاني فلما دل عليه والعمومات الواردة
في الباب منها خبر حسين بن خالد قال قلت لابي الحسن جعلت فداك الناس يروون
ان الضامن غارم قال فقال ليس على الضامن غرم انما الغرم على من اكل المال وهو المضمون
عنه فهذا يدل بحقيقته على عدم كون الضامن غارما اصلا ولما كان هذا مخالفا للاجماع
فلا بد ان يحمل على المعنى المجازي ويكون المراد هو ان الضامن ما لم يؤد ليس غارما والمضمون
عنه انما يغرم لو غرم الضامن والمفروض ان غرامة الضامن انما هو بعد التادية لا قبلها
فتم ومنها خبر عمر بن يزيد قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه قال
ليس على له الا ما صالح عليه حيث يدل عليه على انه ليس شيء على المضمون عنه قبل الصلح
فتامل جيدا ثم اذا عرفت ذلك فاعلم ان المسئلة المذكورة والمتن متفرعة على هذا الذي
ذكرنا على القول بان ذمة المضمون عنه مشغولة بمجرد الاذن بالضمان وقبول
الضامن اياه فلو دفعه قبل التادية وفاء عن حقه يصح التصرف فيه وكان ملكا له ويكون

فاعضه لا الاثر مراعى بحصول الاداء عنه فان حصل استقر ذلك والا انفسخ ورجع الى
المضمون عنه على ما تقدم يكون شرطا للزوم واما على الكشف فان حصل الاداء ينكشف وقوعه
في محله والا انكشف عدم شغل ذمته من الاصل ويكون المال للمضمون عنه ويجب عليه رده
اما على ما اخترناه من ان السبب هو التأدية فلا يجوز له التصرف في صورة المفروض لعدم كونه
مستحقا له قبلها وحينئذ لا يكون ما بيد ضد المضمون عنه قضاء ووفاء بل هو مدفوع ليكون
وفاء له اذا ادى وكذلك تظهر الثمرة بين القولين في الابراء فعلى القول يصح للضامن ابراء
ذمة المضمون عنه قبل الاداء بخلافه على ما اخترناه ويكون لغوا لعدم المحل كما لا يخفى
ويصح له الرجوع بعد الابراء لو كان قبل التأدية ثم على المختار هل المقبوض في يد الضامن
وهو الذي دفعه اليه المضمون عنه قبل الاداء امانة في يده بحيث لو تلف من دون تعد
وتفريط لا يجب عليه الضمان او لا بل هو مضمون على الضامن كالمقبوض بالعقد الفاسد
بل هو فرد منه فيكون ضامنا ولو تلف يجب عليه عوضه سواء كان بتفريط او لا وجهان
والقول بالضمان لا يخلو عن قوة لقاعدة على اليد ويخرج منها الامانات ويبقى الباقي ولو شك
في كونه امانة او لا اندرج تحت قاعدة اليد كما ان ما نحن فيه من هذا القبيل ومن العجب
لو لم استشكل فيه او حكم بعدم الضمان مع ان الحكم فيه واضح بمقتضى القاعدة ثم لا يخفى ان
هذا فيما لو كان الدفع للوفاء والتخلص عن الحق اما لو دفعه بعنوان الامانة في يده بان لو
اداه فهو له والا كان عنه فلا كلام في كونه امانة في يده ويجري عليه احكامه وكذا لو دفعه بعنوان
القرض له مقدمة لحصول التهاتر بعد الاداء وكيف كان فلو قال اي الضامن بعد الاداء الى
المضمون عنه ادفع الي الذي ضمنت له الى المضمون له فدفعه فقد برئا اي ذمتهما عن الحق
لو علا كلام وخلاف في ذلك كما انه لا كلام ولا اشكال في براءة ذمة كل واحد من الضامن
والمضمون عنه بالنسبة الى الاخر وانما الكلام في جهة المراد ذمة المضمون عنه عن حق الضامن او
بالعكس فذهب بعضهم الى انه من جهة التهاتر القهري لان المديون في الحقيقة هو الضامن

الاحسن
وقد ادى دين ذي وفاء وبيده فيكون ذمته مشغولا للمضمون عنه الذي وفي دينه كما لو اذن
بالوفاء وكذلك اشتغل ذمة المضمون عنه للذي ادى دينه كما للضامن ولو كان الحق
قلنا بان السبب في اشتغال ذمته هو التأدية وسبب في تحقق الاداء من الضامن ولو كان بمال
المضمون عنه فيتقاصان ولا يشترط ذلك بان يكون الضامن بهذا الكلام قاصدا للقرض
حتى يحصل التهاتر بل نقول لو لم يقصد لوقع ذلك قرضا فيتقاصان بما عليه فيحصل التهاتر ح
لثبوت المالين في ذمة كل منهما وهذا مما لا ينبغي ان يشك فيه وربما يقال ان سبب الابراء
الضامن
اعم من التهاتر حيث قبل ابرائه ذمة الضامن فلوفائه دينه واما المضمون عنه فلان
لم يغرم فلا يرجع عليه وفيه انك قد عرفت صدق الغرامة عليه كما لو قال بالاجنبي ادفع الى
المضمون له فكما نقول هنا نقول ايضا فيما نحن فيه من دون فرق بين المقامين هذا اذا جعلنا
لو قال الضامن الى المضمون عنه بهذا الكلام اما لو عكس الامر بان قال المضمون عنه بالضامن
خذ هذا المال وادفعه الى المضمون عنه فلا كلام ايضا في انه برئت ذمتهما ولكن لا من جهة
التهاتر بل لاجل ان المضمون عنه لما كان ذمته حاضرة ادائه هذا فلم يبق على الضامن شيء وكذلك
الضامن لا يبقى شيء من المضمون عنه لعدم ادائه ويكون هذا كما لو دفع المضمون عنه الى
لم يغرم او ان الضامن فانه لا اشكال ولا خلاف في براءة ذمتهما منها صحاح المسألة السابعة اذا ضمن
باذن المضمون عنه ودفع ثم دفع ما ضمن وانكر المضمون له القبض كان القول قوله بيمينه لا
صالته عدم القبض فتنقيح الكلام في هذا المقام موقوف على بيان صور التنازع بين المتخاصمين
فنقول ان التنازع لا يخلو اما ان يكون بين الضامن والمضمون له او بينه وبين المضمون عنه
وعلى الاول لا يخلو اما ان يكون النزاع في التأدية بعد ما تعد الاتفاق على كونه ضامنا وعلى
ذمته مبلغ معين ويكون النزاع بينهما في اصل الدين وفي ذمته وعدمه بمعنى انه انكر الضامن
من الضمان فان كان النزاع في الاول فلا ريب ولا خلاف في ان القول قول المضمون له بحسب الاصل
اي اصالة عدم القبض وعلى الضامن او لا اقامة البينة فان اقام فلا نزاع ويسقط حق

الحق
من المطالبة عن المضمون له ثم يرجع الضامن الى المضمون عنه والا فعلى المضمون له اليمين فان حلف اخذ
عن الضامن وان لم يحلف يرد اليمين الى الضامن فان حلف سقط حق المضمون له قطعا ولا كلام فيه وانما
الكلام في انه بيمينه هل يجوز الرجوع الى المضمون عنه ام لا قال بعضهم بانه مبني على ان يمين المدعي هو كالبينة
او كالاقرار فان كان الاول فلا يجوز الرجوع بخلاف الثاني وسمعت من شيخنا الاستاد ولم نظفر القائل انه لا
كالبينة او كالاقرار فان كان الاول فلا يجوز الرجوع بخلاف الثاني بل شيء واسطة بينهما كما حقق في محله
يجوز له الرجوع الى المضمون عنه ان يمينه لا يدل على ازيد من اسقاط حق المضمون له ثم وهل تقبل شهادة
المضمون عنه للضامن بالدفع الى المضمون له ام لا الاظهر نعم اذا اجتمع فيه جميع الشرائط لقبول الشهادة
القبول
التي منها انتفاء التهمة مع ان شهادته لا انما يكون على فرد نفسه وشهادة لغيره فلتسمع لعدم المانع عن
وان كان النزاع بينهما في الثاني فالقول قول الضامن للاصل فعلى المضمون له اولا اقامة البينة او
بالتمين على الضامن ويجري عليه احكامها فان اخذ المضمون له عن الضامن اما باقامة البينة او بالتمين
اليمين فلا يرجع الضامن الى المضمون عنه بالاداء اولا او بالاداء اجزاء الذي يظهر من التصريح في بعض
اخرهم الثاني نظرا الى عدم ثبوت اداء بحسب ظاهر الشرع سواء لا احتمال كون الضامن كاذبا في كلامه
جماعة الاول لاعترافه واقراره على ان قد منه الثاني انما يكون ظلما ولا يكون ذمة المضمون عنه
مشغولا بذلك فعلى هذا كيف يمكن الرجوع اليه بالاجنبي فلا بد ان يرجع اليه بالاداء اولا وهذا لا
انكر
عن قوة هذا اذا كان التنازع بين الضامن والمضمون له واما لو كان بينه وبين المضمون عنه فان
عنه
المضمون عنه الاذن في الضمان وانكر الدين وكان الضامن مدعيا لذلك فالقول قول المضمون
المضمون
انه ما اوجب الدين فلا يستحق الرجوع الا قال الضامن انه اديت فاستحق الرجوع اليك في القول قول
عنه ايضا مع عدم اقامة الضامن البينة وان اقام فلا كلام في رجوعه وكذلك الحكم لو كان الاختلاف
وبه
بينهما في انه ضمان هل هو متبرع او مع الاذن فتم وهل تقبل شهادة المضمون له للضامن
او يكون ضامنا اولا الظاهر الاول لو اجتمع فيه شرائط القبول المسألة الثامنة اذا ضمن مريض
بتبرعا في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح من كون المنجزات منها من الاصل

وفي بعض الثلث وفي المسالك قال يمكن ان يكون على الاصح مبنيا على الخلاف في ان منجزات المريض هل هي من الاصل
او من الثلث واختياره الثاني كما سبق من مذهبه ويمكن كونه اشارة الى ان الضمان هل يعد من التبرعات
كما
المنجزة ام لا وكيف كان فالتحقيق في هذا المقام هو انه لا شك ولا خلاف على الظاهر في صحة ضمان المريض في الجملة
انما المحكي عن الكركي عدم الخلاف فيه ولا فرق في ذلك بين موته وغيره كما هو المحكي عن كره ايضا فعلى هذا فان
او لم
برئ بضمانه هذا يتحقق يجوز له الرجوع على المضمون عنه فمقتضى القاعدة هو خروجه عن الاصل دون الثلث
يبق عليه وهو يخرج من الاصل المتقدم على الارث فالقول بانه يخرج من الثلث لا وجه له واما ان كان
الرجوع
ضمانه بسؤال المضمون عنه فيأتي ما حكي عن كره ان حكمه حكم ما لو باع نسيئة وهو ان علم بعدم امكان
على
لفقر المديون واعساره بحيث يعلم عدم وصول المال اليه او امكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحاباة يتوقف
في
ما يتوقف على الثلث فقد يوجد في المسألة التاسعة اذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا وقد تقدم الكلام
بالنص
تحقيق ذلك فلا نعيد فارجع اليه **القسم الثاني في الحوالة** بفتح الحاء وكسرها وهي مشروعة
والاجماع الامة كما هو المحكي عن ط والسرائر وكره والقواعد وجامع وغير ذلك من كتب الاصحاب والظاهر
في
منه وعبيتي في الحاشية بمروري الى الاحتياج الى الاثبات فلا بد من التكلم فيما هو الاهم منه فنقول الكلام فيها يقع
مقامات ثلثة احدها في بيان تحقق الحوالة الثاني في شروطها والثالث في احكامها اما البحث عن الاول فاعلم
انه لا ريب ولا اشكال في تحققها باللفظ العربي الماضي الغير الملحون كما هو الشان في سائر العقود واما
تحققها بغير المذكور ففيه على الخلاف الموجود في سائر العقود اللازمة فمن قال بالجواز بغير المذكور قال هنا
ومن قال بعدم الجواز قال بعدمه هنا ونحن لما اثبتنا في باب البيع عدم اشتراط الاشياء المذكورة فنقول هنا
تحقق الحوالة بكل لفظ دل عليها ولا يشترط اللفظ المخصوص ولا كلام بل ينبغي التوجه بل هذا هو محل التأمل فيه
هذين
انما هو جريان المعاطاة في هذا المقام وعدمه فيظهر من جماعة ومنهم المحقق الثاني الى عدم جريانها في
المسلكين نظرا الى ان المعاطاة انما هي في الاعيان القابلة للتبعيض والاقباض واما في الديون الثابتة
في الذمم الغير القابلة للتعاطي فلا ومن بعض اخر منهم الشيخ الاستاد على الله مقامه في جواهره الى جريانها
هنا والتحقيق هو انا ان عممنا المعاطاة حال فنقول انها معاطاة بغير الالفاظ المخصوصة مطلقا سواء كان

بالقول او بالفعل حصل القبض والاقباض ام لا فلا اشكال في جريانها بمعنى في هذا المقام كما لا يخفى وان قلنا بان المعاطاة هي المعاملة بالافعال المخصوصة التي حصل منها التعاطي من الطرفين او من واحد فلا ريب في عدم جريانها هنا للغير اذ فعل مخصوص بالوثيقة القابلة للنقل والانتقال بطريق القبض لا يتصور هنا وان ربما قيل بتصوره في الضمان وكذا الحوالة بان يؤدي شخص مالا ممكن ثانيا في ذمة المضمون عنه الى المضمون له في بها بفعل هذا او نحو الاشارة او غير ذلك الا اشتغال ذمته ولكنه مشكل جدا لعدم صدق الضامن عليه عرفا وحاصل الكلام انا ان قلنا بان دائرة المعاطات اوسع من المذكورات كما حققناه في محله فلا يمكن التامل في جريانها في الضمان والحوالة والا فلا وكيف كان فقد اختلف الفقهاء رضوان الله عليهم في تعريف الحوالة فعرفها بعضهم بانها انتقال حق من ذمة الى ذمة اخرى وعرفها بعضهم كالعلامة هنا والمحكي عن الكفاية بانها عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله وقد اورد على الاخير بعدم كونه جامعا لافراده لعدم شمول حوالة البريء لتعريف المذكور وتعريف بالاخص وهو لا يجوز نعم لو قلنا بان حوالة البريء فاسد ولا يطلق عليه اسم الحوالة فهذا التعريف صحيح لا ايراد عليه وان قلنا انها صحيحة ويطلق عليها اسم الحوالة حقيقة او قلنا بعدم كونها صحيحة ولكن يسمى بهذا الاسم فلا يصح هذا التعريف لعدم كونه منعكسا والبحث من الاقوال صحة حوالة البريء ام لا عرفها بالمذكور ولاجل هذا عدل الاكثر عن هذا التعريف الى الاول الذي هو اعم من البريء وغيره لئلا ينتقض التعريف في عكسه وقد اورد عليه بانه وفي في محل وواشكل واصعب مما يورد على الثاني لعدم كونه مطردا لشموله الضمان بالمعنى الاخص لان المال يحول فيه من ذمة المضمون عنه الى الضامن وفيه عدم الانتقاض بالضمان او النقل في الحوالة انما هو مفهوم من مادة الحوالة بخلافه في الضمان فمن الخارج بحكم الشارع او العقل ان الضمان ناقل وانما من مادة الضمان لا يدل على النقل بشيء من الدلالات واصلا لان التحويل غير الضمان ولا يصدق عليه فهو خارج من جنس التعريف فتدبر وكيف كان والامر فيه سهل كسهولة الامر في انها عقد او الاثر الحاصل منه وهو نفس التحول هذا تمام الكلام في المقام الاول اما

البحث

اما البحث في المقام الثاني فاعلم ان لها شروطا منها شرط التحقق الحوالة في الخارج ومنها شرط الصحة فيها ونتعرض لها واشار الى الاول بقوله ويشترط فيها رضى المحيل والمحال عليه والمحتال وتحقيق الحال في هذا المقام هو انه لا ريب ولا شبهة في ان الحوالة لا تتحقق في الخارج ولا تتم الا بوجود اشخاص ثلثة في ظرف الخارج المسماة بالمحيل والمحتال والمحال عليه ولا يتحقق بالاخير منها كما في بيع المرهون وبيع الفضولي الا في حيث يحتاج فيها الى الثلاثة كما انه لا ريب في انها من حيث انها عقد يتحقق بالاثنين منها اي المحيل والمحتال لان تركب العقد انما هو من ايجاب وقبول ويكفي في تحققهما اثنين منها ولا يحتاج في تحقق العقد من حيث هو الى الثالث فاذا عرفت الامر كذلك فاعلم ان مقتضى القاعدة هو عدم كون رضا المحال عليه شرطا في صحة العقد ونفوذه اذ العقد الثابت من الاولين هو كون الرضا شرطا لصحة العقد انما هو رضا المتعاقدين والمفروض ان المحال عليه خارج عنهما فلا مدخلية لرضائه لصحة العقد الصادر من المحيل والمحال رضاء فالاصالة عدم الاشتراط في كل موضع شك فيه نعم فلا يستثنى من هذه القاعدة شيئا اصلا اما لو كان المحال عليه بريئا من حق المحيل فان رضاه شرط ومعتبر في صحة العقد اجماعا اما من باب الكشف او النقل كالاجازة وذلك لان ذمته غير مشغولة بالحق ظلما ولا ريب ان اشتغالها من دون رضاه غير ممكن عقلا ونقلا وثانيهما لو كان الحقان مختلفين ووصفا في شرطية رضا المحال عليه انما في غير الموضعين فمقتضى القاعدة التي ذكرناها هو عدم الاشتراط الا ان الاصحاب رضوان الله عليهم اختلفوا في ذلك فالمشهور المعروف بينهم هو الاشتراط استدلوا على ذلك باموراربعة الاول الاصل والثاني الاستصحاب لاصالة بقاء في ذمة المحال عليه للمحيل والعقد والمتيقن خروجه عن هذا الاصل هو ما لو رضي المحال واما غيره فيندرج تحت هذا الاصل الثاني هو الاجماع المحكي عن الشيخ وعن بعض اخر في هذا المقام الثالث هو قاعدة الفرق لان الناس مختلفون في المعاملات حسنا وسوءا وسهولة وصعوبة فاذا فرضنا كون المحيل اسهل المعاملة وكان المحال خلافه فيلزم الفرق على المحال عليه فلا يجوز ذلك الا برضاه واذا اشترط في هذه الصورة اشتراط رضاه ثم في غير هذه بعدم القول بالفصل والرابع هو ان مقتضى عموم الناس مسلطون على اموالهم

وعلى ذممهم هو كون رضائه شرطا بيان ذلك ان المحيل اراد ان يشغل ذمة المحال عليه بالحق للمحتال ولا ريب ان اشتغال ذمة الغير انما هو تصرف في مال الغير وهو بدون رضائه مما لا يمكن ولا يتصور ولكن انت خبير بما فيه في هذه الادلة من الضعف لا يخفى اما الاول فلما عرفته اولا بان اصالة عدم الاشتراط ثابتة وثانيا بانقطاعه بالاطلاقات كاوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم و غير ذلك هذا مع ملاحظة الرواية الخاصة الواردة في هذا الباب واما الثاني فلان الاجماع المنقول غير حجة وثانيا على فرض التسليم منقول يحتمل ان يراد الشيخ بهذا الاجماع ان مورده هو انه لو كان المحال عليه واجبا فيصح اجماعا واما لو لم يكن واجبا فيكون مشكوكا ولم يعلم صحته الا ان مقتضى الاصل المذكور البطلان فحكمه بالبطلان انما هو من جهة الاصل لا من جهة الاجماع كما يظهر ذلك من كلامه ره في غير هذا الموضع فاذا كان كذلك فقد عرفت الجواب عن الاصل فتم واما الثالث فاولا بعدم كون مثل هذا ضررا والا لم يصح على المحيل جعل الوكيل في قبضه او الصلح عليه او بيعه مع انه يصح باعتراف الخصم وثانيا على فرض صدق الضرر عليه ان مثل هذا الضرر لا يلتفت اليه لان المحال عليه لانتقال الحق من المحيل الى المحتال وفيه انه من الضعف كاصل الدليل فالاحسن في الجواب هو انا نقول ان المحتال بسببه خلاف صاحب الحق بمعنى صيرورة المحتال بمنزلة نفس المحيل في كونه صاحب الحق وليست مسببا لاشتغال ذمة المحال عليه اشتغالا جديدا حتى يقال بانه لا يمكن بدون رضائه بل هذا الاشتغال انما هو الاشتغال السابق الثابت للمحيل ومحصل الكلام هو ان مقتضى القاعدة عدم اشتراط رضا المحال عليه فيما اذا اتحد الحقان جنسا ووصفا ان تم الاجماع في المقام لقلنا به والا فلا وكيف كان فمع تحققها جامعة للشرائط يتحول المال الى ذمة المحال عليه ولو باعتبار انتقال عوضه الذي هو في ذمة المحال عليه البريء بل العلامة ادعى تحول المال اي متبدل في ذمة المحال عليه وذلك في الجملة مما لا كلام ولا اشكال فيه انما الكلام والاشكال في ان التحويل هل يتحقق بمجرد عقد الحوالة جامعة للشرائط وخالية من الموانع او يشترط صحة ذلك الابراء المحتال ذمة المحيل وبدونه لم يبرأ ذمته بل للمحتال الرجوع عليه اختلف العلماء في ذلك على قولين والذي ذهب

اليه

اليه الاكثر هو الاول اي ان ذمة المحيل تبرأ بنفس الحوالة من غير توقف على ابراء المحتال اياه وهو مختار المصنف هنا واستدلوا على ذلك بوجوه منها ما تمسك به في المناهل حاكيا عن المختلف والرياض من ان الابراء اسقاط لما في الذمة اما ان يتحقق قبل الاشتغال او بعده والقسمان باطلان اما الاول فلانه يستلزم بطلان الحوالة اذ لا يبقى للانتقال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه وجه لخلو ذمة المحيل حينئذ من حق ينتقل منها واما الثاني فلان وجه ذمة المحيل بعد الحوالة وتحويل الحق منها الى ذمة المحال تكون خالية عن الحق فلا يتحقق الاسقاط ومنها ان الحوالة لو لم تكن مبرئة لها لجاز للمحتال الرجوع على المحيل بعد الحوالة والتالي باطل والمقدم مثله والملازمة ظاهرة واما بطلان التالي فلجملة من الاخبار واحدها صحيحة ابي ايوب سال ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال ايرجع عليه قال لا يرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افلس قبل ذلك وثانيها صحيحة منصور بن حازم سالت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالدراهم ايرجع عليه قال لا يرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افلس قبل ذلك وثالثها صحيحة عقبة عن ابي الحسن عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي ايرجع على صاحبه اذا احتال ورضي قال لا الى غير ذلك من الاخبار التي قد دلت على عدم جواز الرجوع الى المحيل لبراءة ذمته بنفس العقد ومنها ظهور عبارة التذكرة كما حكاه في المناهل في دعوى الاجماع على حصول البراءة بنفس قبول الحوالة من غير توقف على الابراء واما المخالف في المسئلة كما هو المحكي عن ابي علي والشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة وابي الصلاح والقاضي وظاهر المقنعة اعتبروا ابراء المحال المحيل مستندا بالخبر زرارة الذي وصف بالحسن الموثق عن احدهما عليهما السلام في الرجل يحيل الرجل بالمال كان له على رجل اخر فيقول له الذي احتال برئت مما لي عليك فقال اذا ابرأه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرئه فله ان يرجع على الذي احاله هذا ما تمسك به من الطرفين ولكن التحقيق في هذا المقام هو انا نقول ان توارد هذه الوجوه انما ان يكون في عقد الحوالة بان يقال هل مادة الحوالة صيغة للنقل ام لا بل هي صيغة للتشريك كالضمان في مذهب العامة او يكون في الحكم الشرعي بمعنى ان الذي امضاه الشارع هل هو مجرد عقد الحوالة

مقيد للنقل من حيث هي اولان التابع هل هو بحر وحبل الرشطا وعليه ومنه لا يحصل النقل فان
كان نزاعهم في الاول فالحق مع المشهور لدلالة النص على ما حكي عن القاموس لغة وعرفا
على النقل وانكاره مكابرة وجزاف كما لا يخفى وان كان نزاعهم في الثاني فهو وان كان معقولا الا انه
لا دليل على كون الابراء شرطا سوى ما عن بعض من جبر رواية المتقدم ذكره وهو وان كان تاما
من حيث السند لانه خبر واحد موثق وهو حجة كما ثبت في محله الا انه غير دالة على المطلوب اشكال
اولا من جهة ان المراد من الابراء المذكور فيه بقرينة الرجوع اليه وعدمه هو اسقاط المحال حق
الرجوع الى المحيل الذي هو المقصود من اثباته وثانيا على تسليم ان الظاهر الابراء هو اسقاط ما في
الذمة نقول مع ذلك لا يثبت المقصود اذ غاية ما تدل عليه الرواية كما هو الظاهر منها هو ان عقد
الحوالة متزلزل ويستقر بالابراء وقبله يجوز الرجوع الى المحيل للمحيل او الى المحال عليه وانت
خبير بان هذا مخالف للاجماع اذ الكل متفقون على ان الحوالة من العقود اللازمة من دون
الاحتياج الى شيء فينبغي ان يطرح هذه الرواية لهذه الجهة وثالثا نقول لا يخفى ان التحويل
هو النقل او التشريك كما يقول الخصم او انه استيفاء بمعنى انه تعيين لمحل الوفاء كما هو احد
المحتملين من كلام الخصم فان كان الاول فلا ريب في كون الابراء لغوا لعدم المحل بعد نقل
ما في الذمة بالحوالة وان كان الثاني والثالث فلا يجوز للمحتال الرجوع الى المحال عليه بعد الابراء
ضرورة ان بعد ابراء ذمة المحيل فلا يجوز للمحتال الرجوع الى المحال عليه بعد الابراء ضرورة ان بعد
ابراء ذمة المحيل اسقط حقه بالمرة ولم يبق له حق حتى يرجع ثانيا الى المحال عليه مع ان الخصم لا يقول
به والحاصل ان هذه الرواية مما لا دلالة لها على مقصود الخصم اصلا فعلى هذا لا احتياج الى التمسك
بصرفها اعتنا والمحال عليه او غيرهما كما فعله بعض الاصحاب وكيف كان فهل يصح ان يحيل
على من ليس عليه دين ام لا اختلف الاصحاب وصرح اكثرهم عليهم في انه هل يشترط في صحة
الحوالة سبق اشتغال ذمة المحال عليه بالدين فلا يصح ان يحيل على البري او لا يشترط في ذلك
في صحة الحوالة على البري على قولين المشهور بل المحكي عن كثير ان الاجماع عليه هو الثاني وهو المعتمد   فتصح

لاطلاق

لاطلاق النصوص السابقة وعموم اوفوا بالعقود والسيرة على فعلها حيث يعلم شرعيتها خلافا للمحكي عن
الشيخ ولا دليل له سوى الاصل المنقطع بما ذكرنا من الادلة وقال الشهيد ره في المسالك ان هذا الخلاف
مبني على ان الحوالة اعتياض وضمان او استيفاء فعلى الاول لا يجوز وعلى الثاني يجوز وفيه
اولا ان الاصح كونها اصلا براسه كما قال شيخنا الاستاد في جواهره ولا ينافيه كونها بحكم الوفاء
والاعتياض في بعض الوجوه وثانيا ان نقول ان الحوالة وفاء للمحيل واستيفاء للمحتال عن المحال
عليه ولا مانع منه والقول بانه لو كانت وفاء يلزم ان يجب القبول على المحتال مع انه لم يجب
مدفوع بانه على الاطلاق ممنوع اذ هو مسلم فيما لو كانت الوفاء من مال معين مشخص في الخارج مما لا
محذور اما لو كانت الوفاء من دين كلي ثابت في الذمة او مغاير لحقه فلا يجب عليه القبول كما لا
يخفى ودعوى عدم صدق الوفاء عليه مكابرة والحاصل ان الجواز وعدمه لا يكون مبنيا على
كونه اعتياضا او استيفاء بل لو قال انه لكن يكون ذلك بالضمان اشبه بل المحكي عن الكاشاني
الاظهر انه ضمان لكن فيه ما لا يخفى ضرورة عدم حصول اشتغال ذلك من المحال عليه حتى يكون
ضمانا بل اقصاه الرضا بما اشتغل المحيل من معنى الحوالة التي هي جعل الوفاء باشتغال مثل
ذلك في ذمته او الاعتياض عنه بذلك وهو معنى غير معنى الضمان بل هو قريب من الحوالة
على المشغول ومثل ذلك لا يقدح في العقد على ما ذكرنا اذا احاله على الملي لم يجب القبول من المحتال
بلا خلاف اجده فيه بل عن الجواهر الاجماع بقسميه عليه مضافا الى الاصل السالم عن معارضة ما دل
على وجوب قبول الوفاء من باذله بعد معلومية كونها وفاء حينئذ على وجه يندرج في اطلاق
تلك الادلة بل هي نافلة كما عرفت وما روي عن النبي والرسل اذا احيل احدكم على الملي فليحتل
اخبارنا كما لا يخفى ولكن لو قبل الحوالة عليه وليس له الرجوع ولو افتقر اي ولو بان المحال فقيرا من اول
الامر وقد علم به وضحه بلا خلاف ولا اشكال بعد معلومية كون الحوالة من العقود اللازمة
مضافا الى النصوص السابقة حيث صرح بعضها من غير فرق في ذلك بين احد المحتال بشيء من المال
وعدمه لاطلاق النص ومعقد الاجماع وغيرهما من اصالة اللزوم وعموم ما بل المحكي عن التذكرة الاجماع

عليه صريحا خلافا للمحكي عن سلار فجوز الرجوع مع عدم الاخذ لعدم تمام القبول به وفيه وهو ضعيف
نعم هذا كله في المحال عليه الملي اما لو قبل الحوالة جاهلا ثم بان فقره وقت الحوالة كان
الفسخ والعود الى المحيل بلا خلاف اجده بل المحكي عن كثير نسبته الى علمائنا والى الاصحاب
وعن الخلاف الاجماع عليه وهو الحجة بعد النصوص السابقة وقاعدة الضرر وغيرها وقال الشيخ الاستاد
في جواهره بل ظاهر اطلاق النص والفتوى ما صرح به جماعة من ثبوت الخيار
له حتى لو تجدد اليسار والعلم ببقاء الفقر لتحقق المقتضى فيستصحب وليست العلة الاعسار
ما دام باقيا ليزول بزواله ودعوى المنشاء ذلك الضرر بحيث يزول بزواله لا شاهد لها
بل الشاهد على خلافها متحقق ويمكن ان يكون ذلك حكمة لا علة وفيه تامل فتدبر جدا او
الغرض انه يبنى ذلك على كون علل الشرع معرفات او علل حقيقة وعلى الثاني هل الباقي مستغن عن
المؤثر او محتاج فعلى الاولين يثبت الخيار وعلى الثالث يزول وذلك ليس ببعيد بعد معرفة
كون علل الشرع معرفات وعدم احتياج الباقي بقاءه الى المؤثر كما هو محرر في محله وهل
هو على الفور او التراخي وجهان اقواهما الثاني للاطلاق وغيره كما ذكرناه في نظائره ثم ان الظاهر
ارادة الاعسار من الفقر في كلام المتن اقتصارا فيما خالف قاعدة اللزوم كما ان المراد من
الافلاس في النص لا بحجر الحاكم بالافلاس ثم انه لا يخفى ان الكلام في تراجعهما وردهما كالكلام
في الضمان ولا كلام في صحتهما هنا حتى الشيخ الذي كان مخالفا بالضمان قال بالصحة هنا فلا حاجة
الى التكلم فيها واذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة الخ لما قلنا سابقا ان الحوالة ناقلة للمال من ذمة
المحيل الى ذمة المحال عليه صار المحيل بالنسبة الى دين المحتال بمنزلة الاجنبي بل اشهر منه فاذا اداه
بعدها كان كمن ادى دين غيره بغير اذنه فيشترط في جواز رجوعه عليه مسئلته والا كان متبرعا
وبرئ المحال عليه من الدين وليس له الرجوع اليه وان كان نادرا وهذا لا اشكال فيه ولا شبهة يعتد به
كما انه لا اشكال في ان البري لو ادى بمسئلة المحيل له ان يرجع عليه والا لم يرجع وكيف كان فالمعتمد
يشترط في المال ان يكون معلوما ثابتا في الذمة هذا اشارة الى الشروط المعتبرة التي يعتبر بعضها في صحة
الحوالة

احدها انه يشترط في صحتها كون المال مما لا يتعلق بالحقوق العرفية كحق حبا والشفعة وغيرها
من الحقوق واما المنافع فيدخل لكونها من الاموال عرفا كما ذكرنا في باب الضمان بل انا نقول لو
كان في ذمة المحيل من الاعمال شيئا كقراءة قرآن او زيارة او غيرهما من الاعمال يصح حوالتها وذلك
لجواز وقوع المال في مقابلها وليس المراد من المال الا ذلك والحاصل انه لا ينبغي الشك فيه
ثانيها كونه معلوما للمحيل والمحتال قدرا او جنسا او وصفا فلو كان مجهولا اما قدرا او وصفه
او جنسه لا يصح الحوالة اعلم ان هذا الشرط مما اختلف فيه الاصحاب على قولين والذي ذهب
اليه هو الاشتراط مستندا الى وجوه منها الاصل ومنها هو الاجماع المنقول على اشتراط المعلومية
ومنها حديث نهي النبي عن بيع الغرر فان الغرر فيه انما هو لجهالة فيه فكلما حصل كان الجهالة
موجود فيه فهو موجب للغرر وكل معاملة موجبة للغرر لا تصح للخبر المذكور ولا ريب ان ما
نحن فيه لو لم يكن المال معلوما موجب للغرر فلا يصح الا مع العلم ولكن لا يخفى عليك ان مقتضى
القاعدة هو عدم اشتراط المعلومية والادلة المذكورة كلها منظور فيها اما الاول فلا
عدم الاشتراط ولاطلاق قوله تعالى اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وتجارة عن
تراض مع خلو الاخبار عن الاشارة الى هذا الشرط ولا احد فرقا بين ما نحن فيه وبين الضمان
فعلى هذا لا بد لرفع اليد عن هذه القاعدة من دليل والادلة المذكورة مما فيه فنقول اما الاصل
فنقول الدليل الوارد والمنصوص في المقام ليس الا ما اشتمل عليه المتن من الاصل والغرر والاجماع وانت
خبير بان فيه اما الاصل فلا انقطاعه بالاطلاقات التي ذكرناها آنفا واما الغرر فلا نقول
ان مورده انما هو في البيع والنهي عنه انما يكون متوجها فيه عليه فالتعدي منه الى غيره يحتاج
الى دليل آخر والمفروض عدمه وثانيا على فرض عمومه في كل المعاوضات من دون حد خليته
خصوص البيع بل ذكره انما هو من باب المثال فنقول بمنع الصغرى في المقام اذ الغرر والجهالة
انما هو على تقدير ان لا يكون معلوما في الواقع واما لو كان معلوما فيه ومجهولا
في الظاهر لكن بحيث يكون له طريقا موصلا اليه وموجبا للمعلومية كالرجوع الى دفتر

وحساب والنية وغير ذلك من الطرق الشرعية فيمنع صدق القرض عليه كما لا يخفى على المتأمل
والحاصل انه ما الفرق بين ما نحن فيه وبين الضمان فكما انه يصح الضمان وان لم يكن المضمون
معلوما فكذلك هنا فكيف ذهب المشهور الى عدم اشتراط المعلومية وهنا الى الاشتراط مع
عدم وجود الفارق بينهما وهو انه لما كان الحوالة من المعاوضات وكونه من باب واحد قال
الاستاد دام ظله العالي يمكن ان يقال بوجود الفارق بينهما وهو انه لما كان الحوالة من المعاوضات
فيكون الجهالة فيها مضرا بخلاف الضمان فانه ليس من المعاوضات بل انه من قبيل الا
كمال التلف سبب لاشتغال الذمة فكما يصح الاول فيصح الثاني مع غاية انه لو كان
المضمون مجهولا ومع الشك في كون هذا العقد صحيحا وكون الاطلاقات شاملة له ام لا فمقتضى
اصالة الاطلاق وعدم التقييد هو الصحة وعدم اشتراط شيء فلذا ذهب المشهور
بعدم الاشتراط واما في الحوالة فلما كان هو حينئذ نقل ما في الذمة الى ذمة اخرى فهي في
المستفاد من المعاوضات فعلى القول بان الحوالة لا تكون معاوضة في مطلق المعاوضات فلا
ان تكون قاعدة هنا ولذا ذهب المشهور هنا الى الاشتراط المعلومية دون الضمان وقد
اعترض على هذا الفرق كما في المحكي عن كرة بانه لو كان كذلك لوجب اعتبار علم المحال به
او المحال عليه انما تكون بين الثلاثة مع انه لم وفيه تامل فتدبر جيدا واما الا جماع فقد
لو واقعا فهو المتبع والا فلا وكيف كان فالقول بالاشتراط لا يخلو عن حسن لما فيه من الا
مع كون المشهور المستفيد في المقام موهنا للاطلاقات المذكورة ثم لا يخفى انه لا فرق فيما
قلنا بين ما لو كان المحال به من المثليات او من القيميات خلافا للشهيد في احد قوليه على ما
حكي عنه وجماعة من عدم جواز الحوالة بالقيمي لكونه مجهولا وفيه ما لا يخفى من الضعف لان
مضبوط بالوصف فيرتفع الجهالة بالضبط كما ان المقتضى من الصحة موجود وهو
عموم الادلة الشاملة في المقام والمانع منها مفقود اذ ليس المانع من الجهالة الا القيمي
وهي ترتفع بذكر الوصف هذا لو كان المحال به من القيمي اما لو كان غير القيمي لوضوحه

فلا يكاد

لا نسبة فلا اشكال ح لانه من المثلي كما عينا في محله من ان النقود انما هي من المثليات هذا تمام
الكلام في الشرط الثاني اما الثالث من الشروط التي ذكرها المصنف في المتن هو انه يشترط ثبوت ما
في الذمة ثبوتا فعليا فلا يصح الحوالة بما ليس بثابت اصلا او ثبت شأنا كما لو وجد سببه
كمال الجعالة قبل العمل فانه لا يصح احالة الجاعل به المجعول له لعدم فعلية ثبوته فضلا عن
صدق الحوالة والفرق فيه بينه وبين الضمان واضح حيث يكون الثبوت الشأني كافيا في الضمان
دون ما نحن فيه وذلك لان النقل مستفاد من مادة الحوالة هنا او لا ريب انه لا يصدق النقل
الا فيما كان شيئا ثابتا فعليا في الذمة بخلاف الضمان فان النقل ليس ماخوذا في مفهومه كما ذكرنا
في محله انما يستفاد من النقل من دليل من الخارج فيكفي في صدق مفهوم الضمان وجود
شيء ولو بنحو الشأني هل ثم لا يخفى انه لا فرق في الثابت في الذمة بين كونه مستقرا او متزلزلا
كالثمن في مدة الخيار قال المص ويشترط تساوي المالين جنسا ووصفا ثم اختلف العلماء في
هل الاشتراط في صحة الحوالة تساوي الدينين اعني الدين الذي للمحال على المحيل والذي للمحيل
على المحال عليه فلو كان في ذمة المحيل دراهم للمحال وفي ذمة المحال عليه دنانير للمحيل واحال
عليه به والاظهر اوّلا يشترط وتحقيق الكلام في هذا المقام يتوقف على بيان امرين احدهما في
بيان تحرير محل النزاع وثانيهما في بيان منشأ الخلاف فنقول انما الكلام في الاول فاعلم ان محل
النزاع بين الاصحاب على ما يظهر من كلماتهم هو انه لو احال المحيل الذي كان ما في ذمته
بحيث لا يتغير حق المحال اصلا ثم هذا هو الذي اختلفوا في صحته وعدمها الا ما يختلف بعضهم
كما هو الظاهر من عبارة المناهل من ان النزاع انما هو فيما لو احال المحيل الذي في ذمته دراهم
بدنانير على المحال عليه الذي كان ذمته مشغولة بدنانير فيكون التغيير بالنسبة الى حق
المحتال لفساده اولا لان الفرض ح انما يلزم على المحتال التبدل حقه وهو مخالف لتعليلهم بعدم
الصحة بتوهم تسلط الشامل على المحال عليه او ظاهر هذا التعليل بل صريحه هو لزوم الضرر
على المحال عليه لا على المحتال وثانيا لا اشكال في الصورة المذكورة حيث رضي المحتال بقبول

ينبغي ان يكون محلا للنزاع والحاصل ان المراد باختلاف المالين انما هو بالنسبة الى ما في ذمة
المحيل والمحال عليه من دون تغيير في حق المحتال لا بالنسبة الى حق المحتال كما لا يخفى على المتأمل واما
الكلام في الثاني فمنشأ الخلاف على ما قاله شيخنا الاستاد دام ظله العالي هو ان مدلول الحوالة
هل هو تحويل واحد ابتدائي على انتقال المال من ذمة الى ذمة اخرى فقط او تحويلين احدهما
هو الانتقال من ذمة المحيل الى المحال عليه وثانيهما كون الدراهم المحال به مثلا بدلا من
الدنانير الذي كان في ذمة المحال عليه فمن قال بالاول قال بعدم جواز مثل هذه الحوالة
لان مقصود المحيل من هذه الحوالة هو تبديل الحق الذي كان في ذمة المحال عليه بالحق
وصيغة الحوالة لا تدل على ذلك فما وقع غير مقصود وما قصد غير واقع فيكون فاسدا
ومن قال بالثاني قال بالصحة من اعتبار موقوفا على رضى المحال عليه فان رضي به والا كان فاسدا
قال الاستاد دام ظله ومن هنا ظهر ضعف ما قاله الشهيد في ك من ابتناء الخلاف على
اشتراط رضى المحال عليه وعدمه او على جواز الحوالة على البريء وعدمه فعلى القول باشتراط
الرضا او جوازها على البريء لا وجه للمنع اصلا واما على القول بالعدم فيتجه المنع وذلك لعدم
كون الخلاف مبنيا على شيء من الوجهين اما على جواز الحوالة على البريء وكون ما نحن فيه من قبيل
البريء فلانه خارج عن محل الكلام ح اذ محل الكلام كما هو ذكرنا انما هو فيما لو قصد المحيل بهذه
الحوالة تبديل حقه الذي في ذمة المحال عليه بما احاله به فعلى القول بجواز الحوالة على البريء
يمكن ان يقال بعدم الصحة هنا كما لا يخفى واما على تقدير ابتنائه على اشتراط رضى المحال عليه فلان
رضاه المشترط في صحة الحوالة على القول به انما هو رضاه بالتحويل الاول وهو الانتقال من
ذمة المحيل الى ذمته وهو وان كان هذا التحويل مستلزما لرضاه بالتحويل الثاني كما لا يخفى بل لا بد من
رضاه به ايضا فتامل ثم اذا عرفت ذلك فاعلم ان المانع من الصحة استدل على مطلبه بانه لو
جازت الحوالة فيما لو اختلف المالان يلزم التسلط على المحال عليه بغير رضاه فيكون ثابتا في ذمته
وهذا ظلم وحرج عليه والمعاملة الموجبة للظلم محال بحصاله فكانت فاسدة والاطلاقات

حالا

حالا يشملها انما او فوا بالعقود فلان عمومه انما هو بالنسبة الى انواع العقود كالصلح والبيع
والهبة وغيرها لا بالنسبة الى الاشخاص حتى يشمل ما نحن فيه واما اخبار الباب فانها
وردت لبيان مشروعية الحوالة في الجملة وليست في مقام البيان فلا اطلاق فيها حتى يتمسك
بها لكن الاقوى عندي هو صحة الحوالة المذكورة فيما اذا رضي المحال عليه لوجود المقتضي وفقدان
المانع اما الاول فلكونها عقدا حينئذ تحت الاطلاقات ومنعها مكابرة واما الثاني فلان المانع المتصور
هنا ليس الا الضرر وهو مدفوع باعتبار رضاه فتدبر جيدا هذا في المقام تمام الكلام فيما لو
اختلف المالان جنسا ووصفا اما لو اختلفا قدرا بان يكون احدهما عشرة مثلا والاخر عشرين
فلا ريب في صحة الحوالة بقدر الدين اما بالنسبة الى الزائد فتوقف على جواز الحوالة على البريء
وعدمه وهذا واضح كما ان الكلام كذلك بالنسبة الى حلوله وتاجيله وكيف كان لو احال
عليه فقبل وادى ثم طالب بما اداه الى ذكر المقدرة من صور النزاع المتصورة في هذا المقام
واحدة وهي ما لو وقع النزاع بين المحيل والمحال عليه بان يرجع الى المحيل وطالبه بما ادعى
وادعى المحيل اشتغال ذمة المحال عليه فالكلام فعلى القول بصحة الحوالة على البريء كما هو المختار
فلا ريب ان القول قول المحال عليه مع اليمين لكونه منكرا وموافقا قوله مع الاصل اذ الاصل
براءة ذمته عن كون ذمته مشغولة بحق المحيل فيرجع الى المحيل واخذ منه ما اداه والظاهر انه مما
لا خلاف فيه لا يقال انه كما ان الاصل براءة ذمة المحال عليه من حق المحيل كذلك الاصل براءة
ذمة المحيل كما ادعاه المحال عليه لان الاول مقدم عليه لكونه مزيلا بالنسبة الى الثاني
والثاني فيه كما حررنا في محله هو تقديم السببي على المسببي واما على القول بعدم صحة الحوالة
على البريء فيكون القول قول المحيل لان المنكر وان كان يوافق اصالة براءة ذمته الا ان ذلك
يقتضي بطلان الحوالة على هذا التقدير وقد عرفت ان الدين يدعي صحتها ومدعي الصحة مقدم على
مدعي الفساد كما حرر في محله الا انه خالف في ذلك الشهيد في ك والاردبيلي كما حكي عنه وقال
ان الاصلين متعارضين فتساقطا ويبقى رجوع المحال عليه سليما عن المعارض لانه ادى دين المحيل

بانه لو رجع على التقديرين وفيه او لا منع التعارض او هو فرع صلاحيته وانا قد اثبتنا في محله ان اصالة الصحة اجتهادي بالنسبة الى اصالة الاصول في مقدمة عليها وثانيا فنقول ان الاذن في ضمن العقد تابع له ان صحيحا فصحيح وان فاسدا ففاسد فاذا كانت الحوالة فاسدة فالاذن فيه ايضا فلا مقتضى ثم لرجوع المحال عليه فتدبر جدا ولو فسخ الحوالة بمال الكتابة بعد حلول النجم اي الاجل بلا خلاف او اجله في ذلك لثبوته في ذمة الكاتب بل انما الكلام والخلاف في صحتها قبل الاجل فذهب الشيخ ره على ما حكي عنه الى عدم الصحة نظرا الى الاحتياج بنفسه فله ان يمنع من ادائه ولما ذكره في باب الضمان من انه لا بد في الصحة من لزوم المال او الاول اليه وما نحن فيه ليس كذلك فلا يصح وحكي عن ابن حمزة انه قال يصح الا انها جايزة من طرف الكاتب ولازمة من طرف سيده وحكي عن بعضهم عكس ذلك ولكن التحقيق هو الصحة مط واللزوم من الطرفين لوجود المقتضى وفقد المانع اما الاول فواضح لثبوت المال في ذمته ولو لا هذا لا وجود سببه الناقض وهذا القدر كاف في الصحة كما اثبتنا في باب الضمان واما الثاني فلان المانع ليس الا ما تخيله الشيخ ره من الوجهين المذكورين وكلاهما ضعيفان في اما الاول فلمنع جواز التعجيز بل يجب عليه التحصيل الا اذا كان عاجز عنه ودعه وهو خارج عن محل الكلام واما الثاني فان كان مراده باللزوم في قابل النزاع لا فهو ممنوع لعدم الدليل عليه وان كان المراد الثبوت فهو مسلم الا ان المراد بالثبوت ان يكون فعلا او شانا هلا كما اثبتناه في محله والحاصل انه لا ينبغي الاشكال في جواز الحوالة ثم لا يخفى ان التسديد في ذلك بعد اختيار الجواز في المسئلة ذكر كلاما عن عامة اختارهم هو انه فعلى هذا لا يعتق بالحوالة فانها ليست في حكم الاداء بل في حكم التوكيل عليه بقبضها وان افترقا بكون الحوالة لازمة وحينئذ فلو اعتق السيد المكاتب لطلب الكتابة لم يسقط عن المكاتب مال الحوالة لان المال صار لازما للمحتال والطلاق رولا ضمنه السيد بما بقبضه من مال الحوالة انتهى ولا يخفى عليك ان مثل هذا الكلام غريب وعجيب ح لا ينطبق على مذهب من صحة الحوالة ولا على مذهب من قال بعدم الصحة انما على الاجنبي فواضح واما على الاول فلان

بعد

فلان بعد القول بصحة الحوالة وفراغ ذمة المحيل لا ينبغي الشك في كون الحوالة اداء عند المصنف فعلى هذا لا بد ان يحصل العتق بمقتضى القاعدة وعلى هذا لا معنى لقوله فلو اعتق السيد المكاتب وذلك لحصول العتق بمجرد الحوالة وبعد ذلك لا تاثير لكلامه كما لا يخفى فتدبر وكيف كان فعلى ما قلنا لو ما عجز عن السيد بعبده المكاتب سلعة فاحاله بثمنها جاز لان حكم الكاتب حكم الاحرار وفي الديون فيثبت في ذمته للسيد ثمن ما اشتراه منه ويصح الحوالة للسيد بالثمن خلافا للشيخ ره فقال بعدم الصحة بناء على اصل مذهبه وكذلك لو كان له اي العبد المكاتب على اجنبي دين فاحال اي سيده عليه بمال الكتابة صح اي الحوالة لانه لا يجب على المديون تسليم مال الكاتب عليه الى من يوصيه فيبرأ ذمة المكاتب من مال الكتابة ويحرر لان الحوالة بمنزلة الاداء وسواء ادى المحال عليه المال الى السيد ام لا حينئذ فتم ثم لما فرغ المصنف عن بيان حقيقة الحوالة وشرائطها شرع في بيان بعض احكامها فقال واما احكامها فمسايل الاولى في بيان تنازع المحيل والمحتال وهو انه اذا قال المحيل احلتك عليه فقبض اي المحتال من المحال عليه المال المحال به فقال المحيل بعد ذلك اي قصدت الوكالة وقال المحتال انما احلتني بما عليك فالقول قول المحيل لانه اعرف بلفظه وفيه تردد ثم اختلف الاصحاب رضي الله عنهم في انه لو وقع التنازع بين المحيل والمحتال على الوجه الذي ذكره المصنف في انه هل القول قول المحيل او المحتال على قولين فذهب بعضهم الى ان القول قول المحيل وهو المحكي عن ف وطه والغنيه والتحرير وعد وكره وهو الصريح من كلام الصيري والظاهر من كلام المصنف هنا وذهب بعض الاخر الى ان القول قول المحتال وهو المحكي عن الشيخ والجامع وجامع المقاصد وهو الظاهر من كلام المناهل بل صريحه وهذا هو المعتمد عندي ولكن تحقيق القول في ذلك موقوف على بيان منشأ الخلاف اولا ثم بيان الادلة فنقول قد حكي عن الشهيد في ذلك عن بعضهم ان الخلاف مبني على ان لفظ الحوالة حقيقة في العقد المخصوص ومجاز في الوكالة او مشترك بين تحويل المال من ذمة الى ذمة وبين تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال اما مشتركا لفظيا او معنويا فعلى الاول كان القول قول المحتال نظرا الى انه يدعي الحقيقة وهو مقدم على مدعي المجاز وعلى

الثاني كان القول قول المحيل لان المفروض ان اللفظ مشترك ولا يتعين معناه الا بقصد اللافظ فيكون القول قوله واستحسنه ره هذا القول ثم اختار الاشتراك على المجاز ويمكن ان يخدش بان في هذا البناء من الضعف وذلك لان لفظ الحوالة حقيقة في المعنى المتعارف ومجاز في الوكالة لغة وعرفا وذلك لوجوه منها ان ما ذكره جماعة من الاصحاب كما تقدم اليها الاشارة من ان الحوالة عبارة عن تحويل من ذمة الى اخرى وظاهره انها لغة وعرفا كذا ومنها ان المتبادر من لفظ الحوالة هو المعنى المصطلح ولا ينسبق منه الوكالة اصلا فيكون التبادر علامة الحقيقة كما ان عدم التبادر علامة المجاز ومنها صحة سلب الحوالة عن الوكالة وسلب اسم المحيل والمحتال عن الموكل والوكيل فلو كانت الوكالة فردا من الحوالة لصدق الاسم عليه حقيقة وبطلان التالي غاية الظهور وقد تقرر في محله ان صحة السلب من امارات المجاز اذا عرفت هذا عرفت ان الاصل ان يكون لفظ كذا لاصالة عدم النقل والحاصل انه لا ينبغي ان يشك في ان حقيقة الحوالة مغايرة لحقيقة الوكالة وليس هما من افراد فان دعوى الاشتراك المعنوي مما لا وجه له لما قلنا ولعدم الجامع بينهما ايضا كما ان دعوى الاشتراك اللفظي مما لا وجه له لرجحان تقديم المجاز عليه كما حررناه في محله ودعوى ان الحوالة حقيقة شرعية في العقد المخصوص واطلاقها على الوكالة انما هو من طريق المجاز اللغوية فيكون التعارض بين الحقيقتين وكون الشرعية مقدمة بعيد جدا لان الجواب عنها بان ولا نسلم ان اطلاقها على الوكالة انه من طريق الشرع بعيد وكيف كان فليس الخلاف المذكور مبنيا على المذكور ولا موقف وضح هنا طريقان فيما ذكره الشهيد من وجه النظر في كلام القائل المذكور انه حيث قال لكنه عند نظر لان الوكالة لما كانت محققة في ضمن كل العقايد لرجوعها الى الاذن حقيقة وكانت الحوالة من جملة ذلك الا ان ارادوا انه كل ما دل على الاذن فهو من الفاظ التوكيل حقيقة فهذا بعيد تسليمه لا يجديه لان الحوالة تدل في الشرع على الاذن مع شيء اخر وان اراد ان كل ما دل على الاذن ولو تضمنا فهو من الفاظ التوكيل حقيقة فهو ظاهر الفساد كما لا يخفى والحاصل ان في محله مواضع من كلامه ره مرافقة للنظر عليك بالتامل فيها فتحقيق المقال في هذا المقام هو انا نقول انه مرجع هذا الخلاف الى ان لفظ الحوالة المتفق على استعمالها بينهما هل المتبع فيه

الحكم

الحكم الشرعي هو المعنى الظاهر المتعارف هنا او المتبع فيه هو المعنى الذي قصده المتكلم من هذا اللفظ وان كان بعيدا اخرى الترجيح في الحقيقة انما هو في طلب المعنى الذي قصده المتكلم من هذا اللفظ وبيان ان احرى ان النزاع في الحقيقة انما هو في ان دعوى اللافظ القصد الى غير ظاهر هل هو طريق الى العلم بكونه مقصودا له او يجب عليه في مقام الدلالة الاعتبار على ظاهر اللفظ فذهب بعضهم الى الثاني وحكموا بان القول قول من يدعي الظاهر الا ان الالفاظ لو كانت صالحة لارادة معاني متعددة منها فالاستعمالات المتعددة فيحتمل ها الا بعلم مقصد اللافظ فيكون ادعاء القصد على وفق القاعدة والاصل فيكون القول قوله مع اليمين على المقصد الاول الا ان هذا البحث اذ قد لا يخالف للاصل هذا مضافا الى اصالة براءة ذمة المحيل في المال المحال به فبناء على الثاني والمعتمد هو الاول اي القول قول المحتال ولكن لا لاجل اصالة الصحة بمعنى ان المال المحال به للمحتال بيعه وهي مقيدة للملك كما توهم بعضهم وذلك لان ذلك انما يتم فيما لو لم يكن سبب الملك معلوما اما لو كان سببه معلوما ظاهرا لا يعلم ان هذا السبب مفيد للملك ام لا كما فيما نحن فيه فلا يتم كما اخذ شيئا بالمعاطاة مع اختلافهم في انها مفيدة للملك او للاباحة فلا يحكم ح ان اليد المعاطاتية سبب للملك كما لا يخفى بل لاجل القاعدة المعروفة التي من جملتها ارادة المتكلم من الكلام الذي لم يظهر خلافه من دون نصب قرينة مع كونه في مقام الحاجة وتاخير البيان عن وقت الحاجة مما يحكم بقبحه العقل والنقل كما حققناه في محله فعلى هذا مقتضى ذلك لزوم حمل اللفظ على ظاهره فيكون ما ادعى الحقيقة وهو المحتال قوله موافقا للاصل والقاعدة والمحيل يدعي على المحتال الذي هو مخالف للاصل فيكون قول المحتال مقدما ومن هنا ظهر ضعف ما تمسك به من الاصل وكون الاعتبار بقصد اللافظ اما الاول فلكونه مستظعا بالظهور اللفظي الذي يكون حجة اجماعا وليس من قبيل تعارض الاصل والظاهر كما قال الشهيد ره في ذلك واما الثاني فلانه مسلم فيما لو كان اللفظ مجملا بحيث لم يتضح معناه ثم يكون الاعتبار بقصده واما لو كان اللفظ مبينا في نفسه وكان له معنى ظاهر فلا يحمل على الظاهر والا لو كان الاعتبار بقصده لانهدمت الاحكام في المعاملات اذ لكل موجب ان يدعي بعد صدور الايجاب منه انه لم اقصد المعنى الحقيقي بل اقصد معنى اخر غيره فتدبر جيدا هذا مضافا الى انه لو كان قول المحيل

مقدمه مالم يتحقق صفة الحوالة لان الموجب اولا ومثبتا والقابل اراد غيره فلم يتحقق العقد فلم يلزم
ما ادعى وعلى هذا يرجع دعوى المحيل الى دعوى فساد الحوالة ودعوى المحتال الى صحتها ومن
المقرر في محله ان دعوى الصحة مقدمة على الفساد ثم اذا عرفت ذلك فاعلم انه على المختار من تقديم
قول المحتال مع يمينه فلا اشكال في انه لم يتعقب منافيا بيده الذي قبضه من المحال عليه لنفسه ولم
يجز له مطالبة المحيل بوجه ولا يجوز للمحيل مطالبة المحال عليه بما كان له من الدين عليه واما بناء
على غير المختار من تقديم قول المحيل بيمينه فلا ريب في كون المحتال وكيلا شرعا وفي كون المال
المقبوض امانة عنده بحسب الظاهر ولا اشكال في ذلك وانما الاشكال في انه لو تلف المقبوض
عند المحتال من غير تفريط فهل هو ضامن اولا وجهان احدهما عدم الضمان لانه في نفس الامر
لو تم اما ان يكون وكيلا او محتالا وعلى التقديرين لا يضمن اما على الاخير فواضح واما الاول
فلان الوكيل امين وليس عليه ضمان شيء الا مع التعدي او تفريط والمفروض عدمهما والثاني
الضمان لانه وان كان وكيلا ظاهرا الا انه في دعوى الخلاف يعني انه قبض المال لنفسه وهو بعد
المقصد هنا دخائن ولو كل خائن ضامن وعلى الاول ليس له مطالبة المحيل بحقه وان كان المحيل
مناه لاعتراف المحتال استيفاء حقه من غيره فبرئ ذمة المحيل ظاهرا واما في الواقع فغير معلوم وعلى
الثاني فان كان قيمة التالف مجانسا لما كان ثابتا في ذمة المحيل فيحصل التهاتر قهرا ويبرئ ذمة
كل منهما ولا يجوز لاحدهما الرجوع على الاخر وان كان مخالفا لما في ذمة المحيل فوجهان في هي
حصول التهاتر قهرا وحصوله من باب التقاص لاختيار اشكال كان الامر كذلك لو كان المقبوض
في يده موجودا وكان في جواز تملكه له او وجوب رده على المحيل وجهان وجه الاشكال من جهة
ان التهاتر القهري انما يكون فيما لو كان ما في الذمم من جنس واحد فلا يحصل في غير هذه الصورة
واما التقاص فانما يكون في صورة الجحود والامتناع والمفروض ان المحيل لا يمتنع من اداء الدين
فيه هذا كله فيما لو كان النزاع بينهما بعد القبض اما لو كان النزاع بينهما قبل القبض فيما لو ادعيا
بان ما قصد من المحيل هو لفظ احلتك الا ان الحيلة المقصود منه المعنى المجازي اعني الوكالة

وقال

وقال المحتال بل احلتك لا يخفى ان مقتضى ما قلنا في الصورة الاولى هو عدم الفرق بين هذه
وبين الاولى فيكون قول المحتال مقدما لانه مدعي الحقيقة فيكون قوله موافقا للاصل الا ان الظاهر
ان فرق بين الصورتين حيث تردد في تقديم قول المحيل في الاولى وقطع بتقديمه في الثانية ولكن
الفرق من وجهين كما اشار اليهما في ذلك احدهما هو ان في الصورة الاولى لما يمكن ان يحكم للمحتال
بملك ما قبضه لانه يحتمل ان يصل له اصل في البدل الملك فيكون قوله موافقا للاصل ولا تردد في
الشك في هذه الصورة هل هو المحتال او المحيل بخلافه في الصورة الثانية لم يكن قوله موافقا للاصل
فلا قطع بتقديم قول المحيل وثانيهما قد عرفت سابقا من ان تقديم قول المحتال ليس لقاعدة
البد مع كونه مدعيا لحقيقة فعلى هذا لا يصلح للفارقية وثانيهما هو ان الحوالة استيفاء
والاستيفاء انما يتم الملك بالقبض لا يتحقق الملك قبله ثم اذا عرفت ذلك فاعلم انه ان قدمنا
قول المحتال فالحكم واضح فان كان قبض برئت ذمة المحيل من مقدار المال لا حق له في غيره فقهرا
فيتقاص في مقداره وكذلك لا ريب في برائة ذمة المحال عليه كما لا يخفى وان لم يقبض فله المطالبة
عليه وان قدمنا قول المحيل المدعي للوكالة فان قبض المحتال وجب عليه رده وهل يجوز له تملكه
ام لا والظاهر الاخير كما اشرنا اليه وان تلف جاء في الوجهان السابقان في الصورة الاولى واما ان لم
يقبضه بطلت وكالته بانكاره وحوالته بحلف المحيل وهل له ان يطالب المحيل بحقه لبقائه في عهدته
في ذمته وجهان من ان الحوالة لما كانت تقتضي برائة ذمة المحيل فبدعواه اياها يعترف ببرائة
المحيل فكيف يطالبه ومن انه لم يطالبه يضيع حقه لانه ان كانت الحوالة هي الواقع فقد دفعه
المحال عليه وحينئذ لظاهر اليمين فظلمه بذلك وان كان الواقع الوكالة فقط فيبقى حقه عليه وهذا الاخير
لا يخلو من قوة هذا كله فيما لو ادعى المحيل الوكالة والمحتال الحوالة اما لو انعكس الامر بان يدعي المحتال
الوكالة والمحيل الحوالة بعد الاتفاق على ان الصادر منهما لفظ الحوالة فاعلم ان مقتضى القاعدة التي
ذكرناها من تقديم قول مدعي الظاهر والحقيقة هو تقديم قول المحيل كما لا يخفى الا ان الاصحاب
حكموا بتقديم قول المحتال او السيد في المناهل ادعى الاتفاق على ذلك وكيف كان فان قدمنا قول

المحتال بيمينه فان لم يكن قبض المال فليس له قبضه لان انكار المحيل الوكالة يقتضي عزله لو كان وكيلا
وله مطالبة المحيل وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه اولا بل يكون المال في يد المحال عليه بمنزلة المجهول
المالك وجهان والاول لا يخلو من قوة وان كان قد قبض المال فقد برئت ذمة المحال عليه قطعا على
التقديرين فلا كلام فيه بل الكلام بالنسبة اليهما فنقول اما ان يكون المقبوض باقيا موجودا او تالفا
فان كان الاول فالظاهر ان ذمة المحيل لم تبرأ والمحتال ان يرده ويطالبه بحقه وهل يجوز للمحتال
تملكه او يجب عليه الرد وجهان والاخير لا يخلو من قوة وان كان الثاني فان كان بتفريط ضمنه للمحيل
ثم ان كان مجانسا لحقه فيحصل التهاتر قهرا والا يمكن التقاص باختياره وان لم يكن بتفريط ففي
ضمانه وجهان وفي ذلك فاحدهما ثبوت كونه وكيلا ظاهرا فيده يد امانة وانه لا يلزم من
تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ومنشأ ما قد لا يخفى ان هذا كله مبني على
عدم كون انكار المحيل مبطلا للوكالة والا فلا كلام في كونه ضامنا مطلقا وان قدمنا قول
المحيل المدعي للحوالة حلف وبرئ ذمته من دين المحتال والظاهر كان للمحتال مطالبة المحال اما
بالحوالة او بالوكالة وملك ما يأخذه لانه مقاصا على ما ذكره اولا ومنع من حقه كما اقتضاه الظاهر
ثم اعلم ان هذه الصور الثلاثة التي ذكرناها من اقسام التنازع بين المحيل والمحتال انما هو على
كونهما متفقين في اللفظ اما لو كانا مختلفين في اللفظ بان يدعي احدهما وقوع الصيغة بلفظ الحوالة
والاخر بلفظ الوكالة فلا ريب ولا اشكال في تقديم قول مدعي الوكالة لاصالة بقاء الحقين
ولا طهور حتى يلزم حتى يقطع الاصالة كما لو اختلفا في وجود الوضع فالقول قول منكرها
بيمينه لان الاصل عدمها كما لا يخفى البحث الثالث اذا كان له على اثنين وكل منهما كفيل
لصاحبه وعلى الاخر مثل ذلك فاحال عليهما ح انه تصور المسألة انه اذا كان شخص على اثنين الف
درهم مثلا بحيث ان يكون الحق واحدا الا ان الذمة كانت متعددة بعنوان ذمة كل واحد
منهما كانت مشغولة بخمسمائة باعتبار الضمان واجاز المضمون له الضامنين معا وكان عليه
لرجل الف درهم فاحاله بها على ذينك الاثنين المديونين له المتكافلين على وجه الضمان فاختلفوا

هنا

هناك في انه هل تصح هذه الحوالة بمعنى انه ينتقل الى المحتال المال ويكون لها الوصف العنوان ويرجع
المحتال على كل منهما بخمسمائة ويطالب منه باحدهما والاحرام لا يصح ومنشأ الخلاف هو انه هل
يشترط المساواة بين المالين والدينين من جميع الجهات حتى في الاوصاف الذي كان وصفا
خارجيا بالنسبة الى الدين فلو كانت الحوالة موجبة لزيادة الاوصاف كانت مما نعها من الصحة
هو الحكم في البيع في حق اولا بل الثابت من المساوات هو تساويهما بحسب الجنس والوصف
الداخل لا الخارج في زيادة الاوصاف مما لا يكون مانعا من الصحة كما ذهب اليه الاكثر اقول تنقيح
الكلام موقوف على توضيح في هذا المقام بتنزل الكلام في هذا المقام يقع في مقامين احدهما في بيان
تشخيص تصويره وموضوع المسألة بمعنى ان زيادة الاوصاف هل يتصور في الضمان او في الحوالة
او لا ثانيهما في بيان حكم المسألة بعد فرض تصويرها بمعنى هل هي مانعة او غير مانعة اما الكلام
في المقام الاول فنقول تصوير زمان زيادة الاوصاف وعدمها في الضمان مبني على انه ناقل او ضم
كما يقول العامة فعلى الاول لا يتصور الزيادة اصلا كما لا يخفى اما ان يكون الضامنين مثلا
او كانا متقارنين وعلى التقديرين اما ان اجاز المضمون له الجميع او احدهما فان اجاز الجميع
في المثال الاول اجتمع الجميع في ذمة الاخير وفي المتقارنين انتقل ما في ذمة كل واحد منهما
الى ذمة الاخرى وبقي الامر كما لو لم يجز وان اجاز احدهما خاصة صار الجميع في ذمة من اجاز ضمانه
النصف بالاصالة والاخر بالضمان فلا يحصل الزيادة في الاوصاف لان الزيادة فيه انما هو ما باعتبار
جواز رجوع المحتال الى كل من المديونين ومن المعلوم ان في الضمان على القول بالنقل لا يتصور
الكل منهما مطالبة المال كما لا يخفى واما على مذهب العامة فيتصور الزوج حيث ان ذمة كل منهما
مشغولة بالمال على نحو الاشتراك بناء على مذهبهم فيجوز الرجوع الى كل منهما ومطالبة تمام المال
كما لا يخفى مكان البحث في هذا وهذا مذهب العامة في هذا المقام كما هو الظاهر من كلام اصحابنا واما تصويرها
في الكفالة فيبتني على ان الحوالة على مال المكفول هل هي باطلة لصفة الكفالة على الكفيل ام لا فعلى الا
لا يتصور زيادة الاوصاف كما لا يخفى بطلان الثاني ولكن لما كان الحق في ذلك هو الثاني اي لا يبطل الحوالة

صفة الكفالة كما ان في كل المعاملات كذلك اما في النواقل القهرية فواضح لان المال فانتقل
بالارث انتقل بجميع اوصافها الداخلية والخارجية كالجياد والشفعة والرهن وغيرها
من الاوصاف الخارجية الطارية على المال واما في النواقل الاختيارية كالبيع مثلا فلعموم
الدليل على كون ذلك اصطلاحا للاوصاف الخارجية ومقتضى الاستصحاب بقاء تماما فوضا
محن فيه لما قلنا باشتغال الذمة بالحوالة المحال فيشمل بجميع اوصافه منها كونه مكفولا مثلا
فكانت زيادة الاوفاق منصوصة في الكفالة كما لا يخفى فتأمل اما الكلام في المقام الثاني فالحق
فيه صحة الحوالة المذكورة وعدم كون مثل هذا الاختلاف في زيادة الاوفاق مانعا الا
حالة عدم كونها مانعة ولاطلاقات الادلة وفوايد العقود مثلا والاحاد التي وردت
في هذا الباب كلها شاملة لما نحن فيه فلا مانع من الصحة مع وجود المقتضي والذي يستند
الشيخ للمنع من انه لم يكن الا مطالبة واحد منهما فلا يستفيد بالحوالة زيادة كما لا يفيد زيادة
قدر ووصف ضعيف جدا مع وجود هذه الاطلاقات الشاملة للمفروض والحاصل ان ما يمنع
ان يثبت عدم اعتبار هذه الاوفاق في المنع كما لو احال على من هو اعلى منه واحسن وفاء فتأمل
جيدا ثم اذا علمت ذلك فاعلم ان كلام العلامة في هذا المقام يحتمل ان يكون تفسيرا لكلام الشيخ ومبينا
لما كان غرضه من بيان ان زيادة الاوفاق مما لا يتصور في الضمان بل يتصور في الكفالة
كان مراد الشيخ من الضمان المذكور في كلامه هو الكفالة ويحتمل ان يكون كلامه اعتراضا
للشيخ منبها على ان الرفق المذكور غير مانع فتأمل البحث الثالث اذا احال المشتري البائع بالثمن
بطلت الحوالة لانه يتبع البيع وفيه تردد لما بينا سابقا من انه يشترط في صحة الحوالة من كون ذمة
المحيل مشغولة للمحال ومن البين انه لو صح هذا فان المشتري حينئذ من البائع كان ذمته مشغولة بالثمن
للبائع فقط فاذا احال البائع بالثمن على اجنبي ثم رد المشتري المبيع بالعيب السابق فالحق انه لا
تبطل الحوالة بعد بطلان البيع بمعنى انفساخ العقد من حين الفسخ او لا يجري بل الحوالة باقية
بعينه اخرى كان اختلافهم في انه هل يشترط دوام سبب اشتغال ذمة المحيل في صحة الحوالة بحيث
لو

لو طرأ بطلان اشتغال ذمته لبطلت الحوالة ام يكفي في صحتها مشغولية ذمته عند الحوالة بحيث
يكون حدوثها علة لصحة الحوالة فلو طرأ البطلان لم يكن موجبا لبطلان الحوالة لو فرغنا عنه
وزواله يحتاج الدليل في نفيه والمفروض عدمه وتردد بعضهم ومنشأه هو ما ذكرنا من ان الحوالة
تابعة للبيع فاذا بطل البيع بطلت لان صحة الحوالة وجود التابع من حيث هو تابع بدون متبوعه ومن
ان الحوالة ناقلة للمال الى ذمة المحال عليه حال كون المحال مستحقا للدين في ذمة المشتري فلا
يزيله الفسخ المتعقب فان ابطال العقد من حينه لا من اصله وكيف كان والذي ذهب اليه وهو القول
ببطلان الحوالة واما القول بعدم البطلان فلم اجد به قائلا صريحا من اصحابنا كما قال ابن السيد في المناهل
وسمعت من شيخنا الاستاد ابقاه الله ان مبنى المسئلة على انها هل هي استيفاء او اعتياض فحكم
بالبطلان على الاول وبعدمه على الثاني وهو بناء حسن ولا دليل لنا من ترجيحه فنقول اما
كونها استيفاء فهو عدم اشتراط التقابض في المجلس لو كان المحال من الاثمان ولانه لو كان
اعتياضا لكان بيع الدين بالدين ولانه يجب على المحيل الوفاء به ولا ريب في حصول نقل الحوالة
اذ لا يحصل ايصال الحق الى صاحبه بالدفع والقبض اذ هو كما يحصل به كذلك يحصل بعقد الحوالة
ان لم يقبض ولذا حكمنا بفراغ ذمة المحيل بنفس الحوالة فلو لم يكن هذا وفاء منه لما وجد الحكم
بفراغ ذمته وهو واضح لا ينبغي الشك فيه كما حققناه في باب الضمان فاذا ثبت كونها من باب
الوفاء من المحيل والاستيفاء من المحال ثبت بطلانها حيث يبطل البيع اذ ليس حالة الحوالة
الا كحال دفع الثمن الى البائع في كلامهما وفاء منه لا وجه الحكم بفراغ ذمته وهو واضح لا ينبغي الشك
فيه كما حققناه في باب الضمان فاذا ثبت كونها من باب الوفاء من المحيل او الاستيفاء من المحال ثبت
بطلانها حيث يبطل البيع اذ ليس حال الحوالة الا كحال دفع الثمن الى البائع في كون كل منهما وفاء
فكما ان في صورة الدفع يملك البائع بقبضه اياه لكن زال عنه الملك بمجرد الفسخ وعاد الى ملك المشتري
فكذا في الحوالة من دون فرق بينهما وهذا هو المعتمد عندي ومن هنا ظهر ضعف ما تمسك به لعدم
البطلان من استصحاب الصحة وعدمه كما هو غير خفي على المتامل واما وجه كونها اعتياضا انه بيع او صلح

فلانه يقبض ما في ذمة المحال عليه مقابلا لما في ذمة المحيل فيكون معاوضة مستقلة لا من
لاحق لاحقة بالبيع حتى يبطل بتلف الثمن بمعنى ان المشتري ملك الثمن بسبب شرعي وهو عقد
الحوالة فلا يتسلط عليه بل له الرجوع الى البائع اما بالمثل ان كان مثليا او القيمة ان كان قيميا
ثم وقد حكي عن العلامة ان فرقا للنزاع المذكور من ان الحوالة هل هي استيفاء او معاوضة انما يتحقق
قبل القبض اما بعده فلا نزاع في انه استيفاء وموجب للبطلان وفيه نظر يبتني من دون جواب النزاع
على التقديرين وكيف كان فعلى القول ببطلان الحوالة كما هو المختار وفاقا لم يكن البائع المحال قد
قبض المال لم يكن له قبضه لبطلان الحوالة فيبقى ذمة المحال عليه للمشتري وان كان قد
قبض من المحال عليه فلا ريب في براءة ذمة المحال عليه لكون القبض انما وقع على الوجه الشرعي
ثم ان كان موجودا فظاهر وان كان تالفا الزمه بمثله وان تلف بغير تفريط لانه قبضه عن
الثمن فيكون مضمونا عليه وقال الاستاد دام ظله العالي ان هنا اشكالا تاما وهو انه بعد بطلان
الحوالة فهل المال المقبوض يرجع الى المشتري نظرا الى انه قبضه باذنه او يرجع الى المحال
عليه نظرا الى انه يخرج عن ملكه فلا بد من عوده اليه بعد البطلان والكل وجه فتدبر واما
على القول بعدم بطلان الحوالة الحوالة فان كان قد قبض برئ المحال عليه ورجع المشتري على
البائع ولكن لا يتعين حقه فيما قبضه وان لم يكن البائع قد قبض فذكر الشهيد في الثاني ان فيه وجهان
يحتمل رجوع المشتري عليه قبل القبض لان الحوالة كالقبض ومن ثم يسقط حبس المبيع لو احال
المشتري البائع بالثمن ويحتمل عدم جواز رجوعه عليه الا بعد القبض لعدم وجود حقيقة القبض وحكي
عن العلامة ان احتمال عدم جواز الرجوع عليه مبني على ان المحيل اعني المشتري هل له الزام البائع با
لقبض من المحال عليه لقبض المشتري من البائع او لا فعلى الاول يجوز له الرجوع عليه بخلاف الثاني
ولكن التحقيق هو انا نقول يجوز للمشتري الرجوع على البائع لكن لا الى عين المال الذي ثبت في ذمة
في ذمة المحال عليه بل الى المثل او قيمته كما هو قاعدة التغريم لان المشتري كان بمنزلة من اتلف
ثمنه بعقد الحوالة فلا يتسلط عليه كما انه لو دفع الثمن الى البائع فتلف فكما لا يرجع عليه الا بمثله
او قيمته

او قيمته فكذا هنا ولا يجوز له الزام البائع على القبض لان الناس مسلطون على اموالهم والمفروض
ان في ذمة المحال عليه ملك له فلا تخلو تأخير المطالبة فالزامه على الاخذ ضرر عليه فلا يجوز ولا يتوان
تركه ابقيه ضرر موجب للعذر على المشتري لانا نقول انه يتدارك برجوعه الى المثل او القيمة فتامل
جيدا هذا كله فيما لو احال المشتري البائع بالثمن اما لو احال البائع اجنبيا بالثمن على المشتري
فاعلم ان هنا مسئلتان الاولى فيما اذا احال البائع ثالثا بالثمن وقد جزم العلامة بعدم بطلان
الحوالة وهو مذهب الشيخ بل ادعى عليه الاجماع كما حكاه الحيري وهذا هو المعتمد عندي لتعلق
الحوالة بغير المتعاقدين حيث ان الثمن صار مملوكا للمحال الاجنبي عوض دينه الذي على البائع فلا
يبطل حقه بطرو الفسخ كما لو قبض الثمن البائع لشخص اخر نظرا الى ما سبق فان الحوالة انما كانت
طريقا لاستيفاء البائع الثمن فلم يتعلق به حق ثالث ويحتمل البطلان ضعيفا لان استحقاق المحال
فرع على استحقاق المحيل وقد بطل الاصل فيبطل الفرع وضعفه ظاهر لانه فرعه وقت الحوالة
لا مطلقا لانه فارقه الملك حين وقعت بغيرهما وضرر الثانية فيما اذا ظهر فساد البيع من اصله
ظهر عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الامر في ذمة المشتري وفي الحقيقة الحوالة وقعت في
نفسهما باطلة لانها انما تطلب لظهور بطلان البيع وانما كشف ظهور بطلانه عن بطلانها من راس
فتبطل الحوالة في الموضعين اي موضع البيع احالة المشتري للبائع بالثمن وموضع احالة البائع
الاجنبي فتم القسم من الاقسام المذكورة في الكفالة وهي لغة كما صرح علماء اللغة الضمان وشرعا
كما ان الاصحاب مختلفون في تعريفها ذكر الشهيد في اللمعة ان الكفالة هي التعهد بالنفس وفي رسالة
المسمى بجواهر الكلام للمحرر هي التعهد بالنفس غالبا وفي المحكي عن العلامة انه لقواعد وكرة انها عقد
شرع للتعهد بالنفس ولكن لا يخفى عليك من عدم كون بعضها طردا وبعضها عكسا
فالاحسن في التعريف طردا وعكسا هو انا نقول ان الكفالة هي التعهد بنفس الذي عليه لغيره
حق ولو كان هذا احق الدعوى ولا يختص صورها بما اذا كان الحق الثابت في ذمة المكفول
هو المال كما توهم بعضهم اذ لا دليل على هذا التخصيص لا عقلا ولا نقلا مع ان مفهومها

الكفالة

عرفانهم من ذلك والمراد بالنفس الماخوذ في التعريف هو بدن الانسان لا النفس الناطقة مشتمل
ما اذا كان المكفول حيا او ميتا ولكن لا المراد من النفس هو النفس الادمي كما هو الظاهر
لا الاعم منه ومن نفس الحيوانات كما توهم بعض الاصحاب فلا يصح كفالة حيوان الذي كان
مغصوبا في يد شخص بمعنى احضاره عند صاحبه لانه من ضمان الاعيان فهو صحيح على صحة
ضمان الاعيان وعدمها وهذا غير الكفالة كما لا يخفى نعم يصح الكفالة عنه بمعنى عدم
احضاره وغنمه على الكفيل للمكفول له وهذا مما لا اشكال فيه ولا شبهة تعتريه كما انه لا اشكال
في ان المراد بالحق الثابت للمكفول هو الحق المخلوق لا الخالق فلا يصح كفالة من هو وجب عليه
الحد شرعا مالا او ومن امتداد كفالة في حد مع انه لا يتحقق مفهوم الكفالة اذ لا بد فيها من
وجود المكفول له في المفروض انما هو الله تعالى واطلاقه عليه تعالى غير معلوم فلا يتحقق اركان الكفالة
التي من جملتها المكفول له وكيف كان لا ريب في مشروعية الكفالة وصحتها ويدل عليها
الاجماع والاخبار كما لا يخفى على المتتبع ولذلك لا ريب في ان الكفالة من حيث تحقق مفهومها في
الخارج يتوقف على وجودات ثلثة احدها الكفيل وهو الكافل وثانيها المكفول وهو صاحب الحق
ولو بالدعوى وثالثها المكفول وهو من عليه الحق او الدعوى فبانتفاء كل واحد من هذه
الثلثة انتفت الكفالة لانها اركانها وقوام الشيء انما هو بالاركان وكذلك لا ريب في ان الكفالة
من حيث العقدية انما تتحقق بين اثنين لان العقد انما يتركب من ايجاب وقبول والايجاب
انما هو من الكفيل والقبول من المكفول له ولا يتوقف تحقق العقد الا ذيد من هذا على هذا
بجميع ما يعتبر في العقود اللازمة من العربية والماضوية وحسنا المتعاقدين ومن جواز
المعاوضات وغير ذلك مما يعتبر فيها وكيف كان الذي هو المهم في بيانه هو الكلام في اشتراط
الرضا فنقول لا ريب ولا اشكال في اشتراط رضا الكفيل والمكفول له فلو كان احدهما مكرها
لا يصح الكفالة اما اولا فالدليل على الاشتراط الاول فلو فا وما هو الاجماع بلا خلاف فيه وثانيا
ان الانسان لا يصح ان يلزمه الحق الا برضاه واما الثاني فلانه صاحب الحق فلا يجوز الزامه شيئا

بغير

بغير رضاه وبماهية العقد هذا مضافا الى الظهور والاتفاق عليه ودعوى الاجماع عن غير واحد وهو
الحجة ولا كلام في ذلك انما الكلام والخلاف هو في اشتراط رضا المكفول في صحة الكفالة والذي
ذهب اليه المشهور هو عدم الاشتراط والمحكي عن الشيخ في ط وابن حمزة في الوسيلة وابن ادريس
في سرائره هو الاشتراط والمعتمد هو الاول والدليل على ذلك هو الاصل وعموم اوفوا بالعقود وشامل
لما نحن فيه من دون تقييد بالرضا الثالث في اشتراط الرضا شك في تقييد هذا الاطلاق وعدمه
فالاصل عدم التقييد حتى يثبت والحاصل ان المقتضي للصحة موجود وهو الاطلاق المذكور والمانع
منها مفقود اذ ليس المانع المتصور في هذا المقام الا ما يتخيل الخصم وهو باطل ضعيف لا يصلح للمانعية
كما ظهر ضعفه مما ذكرنا ونذكر الان زيادة التوضيح فنقول استدل القائلون بالاشتراط بوجهين
احدهما الاصل يراد به اصالة الفساد في العقود والمعاملات والعقد والمتيقن خروجه عن تحته
في خصوص ما نحن فيه هو حال رضا المكفول به وبه يندرج المشكوك فيه وثانيهما هو انه لو لم
يشترط رضا المكفول السلطان الكفيل مسلطا عليه مطلقا كان هذا التسلط ظلما وضررا عليه ولا ريب
انهما منفيان في الشريعة فلا يصح العقد المشتمل على ذلك فيكون الرضا شرطا في الصحة والا يلزم
هذا المحذور وفيه ان الممنوع ذلك لان المكفول يجب عليه الحضور مطلقا في طلب المكفول له وان
لم يكن مكفولا او لو كان المكفول له شخص في احضاره فلا ريب في وجوب اجابة المكفول الاجابة للكفيل
ليس بامر من الوكيل والحاصل ان حال المكفول بعد الكفالة داخلة في العقود فيضع حوالة ليس الا
كما له قبلها ولا يجب عليه شيء ازيد مما يجب عليه قبل الكفالة فاين الضرر واين الظلم وعلى كل حال اذا
ثبت ان الكفالة داخلة في العقود فيضع حالة وصوحله بمعنى يجب الوفاء بما انعقد عليه العقد ان
حالا في لا وان مؤجلا فوجل وان مطلقا فكذلك فعقد الكفالة لا يخرج من اقسام ثلثة اما ان يقيد الحال
او التاجيل او لم يقيد بشيء منهما او مقتضى اطلاق الادلة هو صحتها في الجميع الا ان الشيخ وجماعة
اشترطوا فيها الاجل كالضمان وحكموا ببطلان كفالة الحال والمطلق وان لم يجر جبر الا ان
مقتضى القاعدة وجوله في النزاع ايضا بناء على انه ينصرف الى التعجيل والحال وكيف

على ذلك بوجهين احدهما الاصل كما مر بيانه وفيه انه منقطع بما خلنا من الاطلاقات وثانيهما عدم
القابلية في كفالة الحال لان الغالب ان المكفول حاضر وقت الكفالة فاحضاره حالا تحصيل
حاصل فيكون هذا العقد حينئذ فاسدا لعدم القابلية فيه اولا ان مقتضى الادلة هو صحة هذا القسم
ايضا فلا عبرة بهذا الوجه الاعتبار ومع ثانيا على فرض التسليم لا بد من التفصيل في المقام بمقتضى الوجه الذي
ذكره للمنع لا الحكم بالبطلان مطلقا وثالثا الجواب بالحل وهو المهم في الجواب بيانه هو انا نقول ان
المكفول وان كان حاضرا الا انه لا يلزم من حضوره لغوية عقد الكفالة لان المراد احضارا والمكفول
حالا انما هو احضاره بعد غيبته كما هو المفهوم منه عرفا فالاحضار الذي جعلنا مما ليس من افراد الكفالة
ولا داخلا في مفهومها حتى كان يلزم تحصيل الحاصل بل لا معنى قول انا كفلت لهذا الشخص وان
احضر ان طالبت انما هو احضاره ثانيا بعد حصول الغيبة منه بيسير فلا يلزم المحذور اصلا فتم
وعلى كل حال واما اشترط التاجيل فلا بد ان يكون معلوما هذا موضع وفاق كما في المسالك وادعى فيه
ان ثم الاجماع فهو الحجة والا لا دليل على الاشتراط سوى دعوى الغرر بانه ان اجل المجهول يوجب
الغرر اذ ليس له وقت يستحق مطالبته فيه كغيره من الاجال وهو منهي عنه فيكون العقد الموجب للغرر
ايضا فاسدا منهيا عنه وفيه اولا انه خاص بالبيع فالتعدي منه الى غيره يحتاج الى الدليل والمفروض انتفاؤه
وثانيا على فرض التسليم نقول ان الغرر الذي يجب الاجتناب عنه العقد والمسلم منه انما في العقود والمعاملات
التي المعاملات المشتملة على المعاوضات اما في العقود الاحسانية والعقود الغير العوضية كالصلح
والهبة والكفالة ونحو ذلك فلا يجب الاجتناب عنه ولا يكون فاسدا ولذا يغتفر الغرر في الصلح اتفاقا
فتدبر جيدا وكيف كان فان سلمه تسليما تاما فقد برئ وان امتنع كان له حبسه حتى يحضره او يؤدي ما
عليه المراد بالتسليم التام ان يكون في الوقت والمكان المعين ان عينا حالة العقد او في بلد العقد مع
الاطلاق ولا اشكال في ذلك انما الاشكال والخلاف في هذا المقام في ان ما ثبت في ذمة الكفيل
هل هو وجوب الاحضار خاصة بحيث لو لم يحضره اما تعذرا او غيره لم يكن في ذمته شيء من المال او ان
المال ايضا يثبت في ذمته فلو لم يأت بالمكفول لزم عليه اداء المال او انه مخير بينهما او يفصل بين صورة تعذر

تعذر المكفول وامكانه فعلى الاول يثبت ذمته بالمال بخلاف الثاني وجوه واحتمال لا بل اقوال
وتنقيح الكلام في هذا المقام موقوف على بيان الاقسام المتصورة في هذا المقام فنقول عقد الكفالة الذي
يصدر من الكفيل لا يخلو اما ان يكون مطلقا من دون تقييد بمال كما لو قال الكفيل للضامن انا
او يكون مقيدا كما لو قال كفلت وان لم احضره كان على ما عليه من الحق فان كان الاول فلا يخلو
اما ان يكون الكفيل ممكنا من الاحضار او متعذرا منه فالصور ثلثة ولا بد لنا من التكلم في كل واحد
منها فنقول الاول هو ما لو كان العقد مطلقا وكان الكفيل ايضا متمكنا من الاحضار فان حضر
فهو والا بل امتنع من الاحضار من دون عذر فظاهر اكثر الاصحاب انه لا يطالب بالمال ولا
يلتزم به وكذلك لو بذل لا يجب على المكفول له القبول اما الاول فلان مطالبته بالمال فرع
ثبوته في ذمته والمفروض عدم الدليل على ذلك لان مدلول عقد الكفالة ليس الا التعهد بالنفس
خاصة لا التعهد بالمال فليس هو من مدلوله لا مطلقا لا مطابقة ولا تضمنا ولا التزاما كما لا يخفى
على المتتبع فلا يستحق المكفول له من الكفيل الا المطالبة بالاحضار ومن ذلك ظهر الوجه في عدم
وجوب القبول على المكفول له اذا بذل الكفيل المال وذلك لعدم استحقاقه المال حتى يجب عليه القبول
لو بذل اليه الا ان ارضيا بصلح فهو خارج عن محل البحث وبالجملة مقتضى عقد الكفالة هو الاحضار
فيجب الالزام به لعموم اوفوا بالعقود خروج منه صورة رضاهما ببذل الدين بقي الباقي مندرجا تحت
العموم ثم اذا امتنع من الاحضار فلا يلتزم بالمال بل يحبس حتى يحضره وهل الحبس مختص بالحاكم
او ما ذكره انه وصيغته له او يجوز لصاحب الحق ايضا وجهان والاول لا يخلو عن قوة وهل يجوز عقوبة
زائدا على الحبس من ضرب او شتم او غيرهما او لا وجهان ايضا من عدم دلالة الاخبار وفي هذا المقام
على ذلك فلا بد من الاقتصار على مورد اليقين ومن انه يجوز عقوبة كل ممتنع من اداء الحق
وما نحن فيه فرد منه فيجوز كما ذكرنا في باب القضاء لكن الاول لا يخلو عن قوة ثم لا يخفى ان ما قلنا جميعه
على وفق القاعدة لكن ذهب بعض من اصحابنا الى ان الكفيل ملتزم بالمال فلو بذل لم يجب على
المكفول له القبول والمطالبة والزامه بالمال ابتداء من دون حبس واستدل على ذلك بوجوه

ضعيفة منها ما حكي عن الرياض من حصر الغرض من الكفالة بعد اداء المال وحصر الالزام بالاحضار فيه
منع المحضار والاغراض في اداء الحق منه يكون لغرض لا يتعلق بالاداء والاغراض تتفاوت بالاسباب
الخارجية كما اذا كان في شبهة مال الكفيل شبهة الحرمة مثلا ويخاف ان يظهر مستحقا للغير او يقدر على
احد بدل الحق ومنها ما حكي عن مجمع الفائدة من ان المكفول او اجنبيا اذا بذل الدين وجب على المكفول
له قبوله ولم يجز له مطالبة الكفيل بالاحضار فكذا اذا كان هو الباذل للدين لعدم الفرق بينه
بينهما والحاصل انه داخل في عنوان الايفاء الشرعي فكما ان في ايفاء الشرعي يجب على صاحب الحق المكفول
وقبضه او منع هذه الكلية على سبيل الاطلاق لعدم الدليل على ذلك والعقد والمسلم منه انما
هو في صورة التراضي وثانيا منع اطلاق الاجنبي ليس الا كان الكفيل في كونه محلا للكلام فبناسبة عليه
لا وجه له فتأمل ومنها ما حكي عن مجمع الفائدة ايضا من ان تكليف الكفيل بالاحضار مع بذله للدين
حرج وظلم على المكفول حيث انه موجب لبقاء اشتغال ذمته والاصل عدمه للتوسعة الا انه على
الفرد والظلم فيه منع الفرد ثم لو فرض موجبه بوجوب الفرد لقلنا برائته والا فلا ومنها ما تمسك
بعضهم بالاجماع حيث ورد بطرق متعددة من ان الكفالة غرامة وندامة وخسارة ولا ريب ان
الغرامة والخسارة لا توجب اولا ان المراد بالكفالة في هذا الخبر هو معناه اللغوي الذي يكون
اعم من الشرعي وهو الضمان فهو دليل الخسارة الضامن لا الكفيل وثانيا على فرض تسليم ان المراد بها
معناها الشرعي نقول انه يحتمل ان يكون المراد ان الكفالة قد تنجر الى المذكورات وهي فيما لو تعذر
الاحضار فلا يدل على المطلوب في صورة التمكن ويحتمل ان يكون الخبر محمولا على الاحتياج المخصوص
لا ابدال المال فلا يدل على المطلوب كما لا يخفى فتأمل هذا تمام الكلام في الصورة الاولى اما الثانية
وهي ما لو كان العقد مطلقا وكان الكفيل متعذرا من احضار المكفول فان كان التعذر بسبب موت
فلا كلام ولا اشكال في بطلان الكفالة حينئذ وبرائة ذمة الكفيل وان كان بغيره كما لو كان المكفول
غائبا او ضاقوا المكفول ضعيفا بحيث لا يقدر على احضاره وغير ذلك من الاشياء الموجبة للتعذر
فالاصحاب اختلفوا في ذلك فذهب الاكثر منهم الى ان الكفيل حينئذ لا يكون مكلفا لا بالاحضار ولا بالمال

اما

لمع

اما الاول فلعدم كونه مقدورا له كما هو المفروض في التكليف به تكليف بما لا يطاق سواء كان بسبب التعذر
نفسه او لا ولا ينافي ذلك قضية قولنا الامتناع بالاختيار لا ينافي الاختيار في الاختيار حرز وفيه ان الامر
بر هو عدم المنافاة عقابا لا خطابا كما حققنا في محله وبالجملة توجه التكليف الفعلي على المكلف بعد
صيرورته غير مقدور وعن الفعل ما هو قبيح عقلا ونقلا اما الثاني فلما ذكرنا آنفا من عدم كونه مدلولا
للعقد فاشتغال ذمة الكفيل يحتاج الى دليل ولا دليل وذهب بعض آخر كما هو المحكي عن جامع
وغيره الى ثبوت المال في ذمة الكفيل فيطالب به لانه مكلف بالاحضار ولا فاذا تعذر التكليف لا يسقط
مال احضار التعذر وسببا لثبوت المال في ذمته وقد استدل على ذلك بوجهين احدهما ان هذا
العقد بمنزلة الشرط المضروب كان مطلقا في التمام الا انه منبطه بالمال بمعنى انه يدل على الشرط
التزاما وذا العرف يفهم من قوله كفلت فلانا انه لو لم يحضره كان له المال حيث يفسر مدلولي
الالتزامي فيكون المال الذي يدل عليه اللفظ بالالتزام ثابتا في ذمته بمقتضى هذا العقد بحسب فقه
العرف وفيه ما لا يخفى على المحكم وثانيهما الخبر المذكور من انه ورد ان الكفالة غرامة وخسارة
وندامة فلا ريب ان المراد منه ان الكفالة قد تنجر وينتهي الى المذكورات وهو صورة تعذر الاحضار
فيكون هو المورد المتيقن للخبر فيحمل عليه غاية انه يلتزم الكفيل بالمال ان كان الحق مالا او من الحقوق المالية
كالقصاص ونحوه اما لو كان من غير حقوق الناس كما هو لو كان على المكفول حق ودعوى حرمة
ثم لا يلزم الكفيل شيء فتأمل والحاصل انه ان تم دلالة الخبر هو الحجة خصوصا لو كان هو سبب التعذر
والا فمقتضى القاعدة عدم التزامه بشيء ثم ان كان كفل ما دون الغريم او ادى باذنه وان كان قد كفل
باذن الغريم بغير اذنه فله الرجوع عليه وان انتفى الامران فلا يرجع عليه فتأمل جيدا واما الصورة الثالثة
لو كان العقد مقيدا فقد اشار اليه بقوله ولو قال ان لم احضره كان علي كذا لم يلزم الا احضاره دون المال
فلو قال علي كذا او كذا ان لم احضره وجب عليه ما شرط من المال قد قلنا سابقا ان عقد الكفالة
منفسه لا يقتضي ضمان المال اصلا او في غير صورة التعذر انما الكلام الآن في بيان انه هل بسبب ما لشرط
هل يوجب الضمان اعني ضمان المال او لا بان يقول كفلت فلانا او ان لم احضره كان علي كذا فقول المشتغي

لمع

القاعدة والضابطة صحة هذا العقد المقيد وكونه موجبا لضمان المال لعموم كان هذا الاشتراط مطلقا
او في صورة التعذر وسواء كان المشترط هو الكفيل او المكفول له سواء كان الشرط مقدما
على الجزاء كالمثال المذكور او متأخرا عنه كما لو قال علي كذا او كذا ان لم احضره وذلك كله لوجود المقتضي
للصحة وفقد المانع اما الاول فلعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله المؤمنون عند شروطهم الشامل
لما نحن فيه كما لا يخفى واما الثاني فلان المانع المتصور هنا ليس الا توهم التعليق في العقد الذي
يكون باطلا اجماعا ويكون من قبيل قوله ضمنت ان طلعت الشمس او ان جاء الحاج ولا ريب في
بطلان هذا المثال وما نحن فيه من هذا القبيل فلا فرق فيكون باطلا وفيه منع التعليق اما
اولا فلكون الكفالة حينئذ ضمان المال فواضح ضرورة ان الشرط حينئذ كان موكدا لمقتضى العقد كما
لا يخفى اما على القول بعدم كون ضمان المال مقتضيا له فلانه وان كان في بادي النظر تعليقا
للعقد الا انه بعد التدبر يعلم انه ليس تعليقا لاصل عقد الكفالة حتى يتوهم انه تعليق في الانشاء
وهو باطل اجماعا بل انما نقول انه تعليق في المنشأ والاثر وبعبارة اخرى ان الشرط الذي هو عبارة
عن الالتزام بالمال معلق ومقيد بعدم الحضور وهو من قبيل التقييد لا التعليق فكانه اراد ان
يبين كما ان الالتزام بالمال بمجرد الكفالة يمنع مقيدا بصورة عدم الحضور فكانه قال الالتزام
بالمال لحال عدم الحضور ومن هنا ظهر ان ذكر هذا الشرط انما يكون بعد عقد الكفالة فيكون كفالة
بشرط كما هو الظاهر من الاصحاب لا انه ضمان محض كما يظهر من بعض الاصحاب كما هو المحكي عن
في القواعد وبرد كونه اذ هو انما يتجه لو اقتصر بقوله ان لم احضره كان علي كذا من دون سبقه بكونه
كفيلا وهو خلاف ظاهر الاصحاب ولا من قبيل الكفالة والضمان كليهما معا كما يظهر من الشيخ علي
في بعض حواشيه حيث ان بينهما تنافيا فكيف يجتمعان ضرورة ان الكفالة تقتضي فراغ ذمة الكفيل
والضمان يقتضي اشتغالها فلا بد من التوجيه بان يقال ان المنافي للكفالة هو ضمان العقد
لا الضمان المعلق اذ كلما تكلفنا فالاحسن هو ما قلناه فتأمل جيدا وكيف كان تحصل مما ذكرنا
هو ان الكفيل لو التزم بالمال بالشرط فهو صحيح نظرا الى قواعد الشرع وعمومات العقود ولا مانع منه

سوى

لمع

سوى ما ذكرنا وقد عرفت الحال فيه من دون فرق في ذلك بين ما اذا تقدم الشرط او تأخر
فان ذلك لا مدخل له في اختلاف الحكم لان الشرط وان تأخر الا انه في حكم المتقدم الا ان الاصحاب
رضوان الله عليهم فرقوا بين الصورتين وحكموا بضمان المال وبصحة الشرط فيما لو تأخر الشرط بان يقول علي
كذا وكذا ان لم احضره وببطلان الشرط وعدم ثبوت ضمان المال فيما لو قدم الشرط لكنهم اختلفوا في
مستند الفرق فقال الاكثر ان الفرق بين العبارتين خلاف القاعدة وانما صار اليه الدليل وهو الاجماع
ووجود النص اما الاول فهو المحكي عن جماعة وصريح كلام العبري واما الثاني فالموجود منه روايتين
احدهما ما رواه داود بن الحصين عن ابي العباس عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يتكفل بنفس الرجل
الى اجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهم قال ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيل
بنفسه ابدا الا ان يبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يأت به الى الاجل
الذي اجله وثانيهما ما رواه ابان بن عثمان عن ابي العباس عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له رجل كفل لرجل
بنفس رجل فقال ان جئت به والا فعلي خمسمائة درهم قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم
فان قال علي خمسمائة درهم ان لم ادفعه اليه فقال يلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه ولا دلالة فيهما
على المطلوب واضحة الا ان في سندهما ضعف وجهالة فالاستناد اليهما في هذا الحكم المخالف للقواعد
الشرعية والعرفية لا يخلو من اشكال ولذا ذهب بعض من الاصحاب الى ان الفرق بين العبارتين
المذكورتين على وفق القاعدة وهو على قسمين والمحكي عن النحرير انه حكي عن العلامة في كره انه قال في
صورة تقديم الشرط يكون المراد بالمال المال الغير المكفول وكل مال يكون مغايرا للمال المكفول
له فلا يجوز ضمانه اجماعا اما في صورة تقديم ضمان المال وتأخير الشرط يكون المراد بالمال المال
المكفول له فيصح ضمانه وعليه حمل الروايتين المذكورتين وفيه اولا منع عدم صحة ضمان المال الغير
المكفول بل مقتضى قواعد الشروط صحته مطلقا والاجماع غير ثابت وثانيا انه خلاف الظاهر من
الروايتين اذ الظاهر منها هو الفرق بمجرد التقديم والتأخير من دون اختلاف في المال وقد حكي
عن المحقق الثاني انه قال بان الشرع لزوم المال حين تقديم الجزاء اعني ضمان المال هو انه

براءة ذمة المضمون عنه وهو المكفول بضمانه فلا يتفرع على الكفالة بعد بالحال واما اذا قدم الشرط
اعني الكفالة كان الضمان المتعقب لها مطلقا معلقا على شرط فيكون باطلا من هذه الجهة ومن جهة
منافاته لصحة الكفالة ايضا وفيه اولا ان هذا الفرق مبني على حصول كل من الكفالة والضمان
بهذه العبارة اعني قوله ان لم احضره فكان عليّ كذا وبالعكس وهو فاسد اذ الظاهر من كلمات
الاصحاب ولفظ الرواية هو ان ذلك الشرط وجزائه سبق في الكفالة الصحيحة كما هو المستفاد من
قوله يكفل بنفس الرجل فان لم يات به فعليه كذا فجعل الشرط متعقبا للكفالة فلا بد من سبق كفالة في
المسئلتين وثانيا ان الضمان ان كان معلقا فكان معلقا في كلا المسئلتين من دون فرق
والفرق بينهما من هذه الجهة تحكم كما لا يخفى فتامل وحكي عن ابي نصر ان لهما مسلكا اخر في الفرق وهو
انه قال الاول من تقديم الشرط في الصيغة الاولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقيبه بالتزام المال
ان لم يات به مؤكدا لصحة الكفالة بناء على ان مقتضاها هو لزوم المال للكفيل ان لم يات بالشرط غير منافي
زائد على مقتضى الكفالة بخلاف ما لو كان الشرط موخرا فانها تشتمل على ضمان معلق على شرط
والشرط المتاخر كان لغوا بمعنى عدم كونه مؤثرا في شيء لانه من قبيل التعقيب بعد الاقرار كما انه
بعد ليس بصحيح فاكد لك هنا الضمان الذي ذكره اولا صحيح بخلاف الشرط المتعقب الذي يعبر
عنه بالكفالة يكون فاسدا وفيه اولا منع كون الكفالة مقتضيا بنفسها المال ولو على تقدير عدم
الاحضار وحكمها كما ذكرنا مرارا فلا يكون التزامه بالمال مؤكدا في الصورة الاولى وثانيا ان كلا
في الصورة الثانية مبني على احد امرين اللذان كلاهما فاسدان لانها مبنية على جواز ضمان المعلق
على شرط فيه ان الاجماع قائم على فساده وان كان يظهر من كلام من لا اعتماد لنا به الصحة
او مبني على انه من قبيل الانكار بعد الاقرار وفيه انه اقرار لا انشاء وكلا مبناه الثاني لا الاول
فتامل ويظهر من بعض اخر فرق اخر هو ان العرف يفهمون في صورة تقديم الشرط التعليق ولذا حكم
بعدم ضمان المال وفي صورة تاخيره يفهمون التقييد لا التعليق فليتامل في هذا المقام جيدا
ومنها اطلاق غريم من يد صاحب الحق قهرا من احضاره او اداء ما عليه الا ثبات احكام الكفالة
القهرية

القهرية فنقول ان الكفالة كما انما تحصل بالاختيار كذلك قد تحصل قهرا بدون الاختيار
فيما اذا وجد السبب الموجب لحصولها قهرا كما لو اطلق غريما من يد صاحب الحق جبرا فيكون كفيلا
بمعنى ان عليه احضاره او اداء ما عليه ولا يخفى ان مقتضى كلامهم هنا عدم الفرق بين ان يكون
المخلص بالغا او غيره عاقلا او غيره لان الضمان من الاحكام الوضعية ومع هذا ايضا الوارد فعليه
فمتى تحدث وجدت سببا تاما ولا مدخلية للبلوغ والعقل وغيرهما في الاحكام الوضعية كما لا
يخفى وكذا لا يخفى ان الظاهر من كلامهم اشتراط المباشرة فلو كان شخص سببا للاطلاق اما بمعاونة
صاحب الحق وتخويفه او بامر عبده او صبيه بالاطلاق ففي دخوله في هذا الكلام اشكال الا
الانصاف هو انه لو كان سببا قويا بحيث يسند الاطلاق اليه عرفا فيتبعه بحث اطلاق الغريم
المزبورة ويجري عليه احكام الكفالة القهرية وكذا لا يخفى ان حكم هذه الكفالة بمقتضى القاعدة
هو بعينه حكم الكفالة الاختيارية ومرجعه ان قلنا بان الكفالة لا تقتضي المال مطلقا فهنا كذلك وان
قلنا باقتضائها مطلقا او في صورة التعذر كما انه والبراءة في ذلك هنا ايضا كذلك وان قلنا
فيها بالتخيير فكذلك وهكذا ثم اذا عرفت ذلك فاعلم انه استدل لاصل المطلب بوجوه بعضها ضعيفة
جدا منها الاجماعات المنقولة عن جماعة بل هو صريح كلام الصيمري عدم وجود خلاف في المسئلة وهو
الحجة ومنها قاعدة لا ضرر ولا ضرار بتقريب انه لولا يلزم المخلص بالاحضار او باداء ما عليه يلزم
الضرر على صاحب الحق وهو منفي في الشريعة فيتدارك بالزام المطلق وفيه الاولا سنادا دام ظله
بعدم كون هذه القاعدة دليلا مستقلا للطلب لكونها مجملة معناها بعد تعذر حمل كلمة النفي
فيه على معناها الحقيقي مع ورود التخصيصات الكثيرة عليها فتامل ومنها قاعدة اليد بتقريب انه غصب
اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها او اداء الحق الذي يسببه ثبت اليد عليه بمقتضى
القاعدة وفيه ما لا يخفى من الضعف ضرورة انه رفع الاستيلاء عن صاحب الحق لا انه اخذه الاستيلاء
عنه مع ان الاخذ بالنسبة الى الاستيلاء مما لا معنى له كما لا يخفى والحاصل ان الحقوق لا تندرج
تحت قاعدة اليد لعدم كونها مالا وعدم صدق الاخذ بالنسبة اليها فتامل ومنها قاعدة الاتلاف

بمعنى كون المخلص سببا لاتلاف المال فيكون ضامنا ومنه يظهر الجواب عنه بما ذكرنا في قاعدة
من ان اتلاف المال انما يصدق في الاعيان والمنافع المملوكة بتبعية اعيانها كمنافع العبد و
منافع الحر المستاجر لعمل خاص اما المنافع الغير المملوكة والحقوق الغير المالية فلا دليل على ضمانها
ولذا اتفقوا على عدم الضمان على من حبس حرا غير مستاجر او مستاجر مطلقا وان كان
قد فوت من الموجر المنفعة الا ان هذه المنافع لما لم تكن مملوكة له فلا دليل على ان تفويتها موجب
للضمان والحاصل ان تفويت الحقوق انما مما لا يصدق عليه انه تفويت المال حتى يكون موجبا
للضمان فتدبر جيدا فرع وهو ان اتلاف الحقوق المالية كاتلاف الراهن مثلا مال المرهون
الذي يكون موجبا لاتلاف حق الرهن وهو الوثاقة واتلاف حق الشفعة وحق القصاص وحق
الاستيلاء كما فيما نحن فيه وغير ذلك من الحقوق هل موجب للضمان ام لا بل يكون موجبا
للاثم خاصة واعلم اني لم اجد دليلا على الكلية لا من الاجماع ولا من غيره يدل على ان اتلاف الحقوق
موجبة للضمان ومقتضى الاصل عدمه الا ان الاصحاب رضي الله عليهم حكموا بالضمان في خصوص
ما نحن فيه مع انه من قبيل الحق الذي عبارة عن الاستيلاء ولا ريب انه حق لصاحب المال
فباطلاق الغريم اتلف حقه الذي عبارة عن الاستيلاء ولا ريب انه حق لصاحب المال فاطلاق
والظاهر ان ضمان المطلق بالكسر في الجملة مما لا كلام فيه وانما الكلام والاشكال في انه هل ذمته
هي مشغولة بالاحضار خاصة او انه يجبر عليه ويبني الاداء المال او انه ضامن للمال عند التعذر
وظاهر عبارة الاكثر التخيير بل ادعى بعضهم الاجماع عليه وقال الشهيد في ذلك وينبغي ان يكون
الحكم هنا كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الامكان الا ان
يفرض التخيير الى اول مقتضى القاعدة كما ذكرنا في صدر المطلب كما هو كما يقوله الشهيد مستند الاكثر
ان كان هو الاجماع فنوعا على فرض تماميته مسلم وان كان غيره من اولة اخرى من قاعدة الضرر بتقريب
انه لو لم يكن ضامنا الزم الضرر على صاحب الحق فدفع الضرر كما يحصل بالاحضار كذلك يحصل بدفع
المال فيكون مخيرا بينهما ومن انه اتلف مال الغير بمعنى كونه سببا في ذلك فيكون ضامنا للمال
فيكون

فيكون مخيرا بينهما ومن انه اتلف مال الغير كونه سببا في ذلك فيكون ضامنا للمال ايضا ومن
انه فيهم من نحو اولة القتل كما سيأتي انه يضمن المال فممنوع لضعف الكل اما الاول فلمنع الضرر
ضرورة ان دفعه انما يحصل بالاحضار خاصة بمعنى ان لصاحب الحق الزام المخلص بالاحضار ولا
اما قوله انه لو كان مخيرا في ذلك يلزم الضرر ايضا على صاحب الحق لعدم الاحضار والاعراض في
اداء الحق فقد يكون الغرض لا يتعلق بالاداء بل يحصل بالاحضار نفس الغريم فلو وجب عليه اليسير
فيما اداه عليه المال لم يحصل غرضه وهو ضرر عليه والحاصل ان مقتضى القاعدة هو عدم كونه
ضامنا بالمال ابتداء بل هو مكلف بالاحضار فان اتى به فهو وان لم يات به فان كان على وجه
الامتناع فيحبس حتى ياتي به وان كان لتعذره فعلى المكفول له الصبر ولا يجوز له الزامه بالمال
الا ان يتراضيا به وهو خارج عن محل الكلام واما الثاني فلمنع صدق اتلاف المال عليه ضرورة
ان المال الموجود ثابت في ذمة الغريم في الواقع فلا يصدق التلف عليه بوجه كما لا يخفى و
الذي يصدق عليه التفويت والتلف انما هو حق الاستيلاء والسلطنة عليه ولم يثبت ان تفويت
مثل هذا الحق موجب لضمان المال واما الثالث فواضح اذ ليس هو الا من القياس الغير المعتبر
والحاصل ان الدليل للتخيير ان كان هو الاجماع فهو على فرض ثبوته مسلم وان كان غيره فممنوعة
ثم اذا اخذ منه المال لو يرجع رجوع له على الغريم اذا لم يامره به فعلم وان كان الاطلاق والتخليص
بمسئلة او شفاعة من الغريم او لم يحصل من الاطلاق ما يقتضي له الرجوع وهل يشترط في الضمان
باطلاق الغريم قهرا ثبوت كونه مديونا عند المطلق اولا فلو اطلقه قهرا معتقدا انه غير مديون
وانه مظلوم ضامنا ايضا فيه اشكال ولكن الاحتمال الثاني في غاية القوة لاطلاق كلام الاصحاب
وعموم الادلة وهل يتوهم مقام الاطلاق قهرا تعليم الغريم حيلة يفر بها او لا بل يختص الحكم
بما يصدق عليه حقيقة عرفا ولغة انه اطلق الغريم وجهان فلاحظ وتامل وكيف كان فلو كان
الغريم قاتلا واطلق قهرا من يد ولي المقتول لزمه احضاره او دفع الدية من دون خلاف
في ذلك اجده وعليه النص انه من دون فرق في ذلك بين كون القتل عمدا او غيره لان القصاص لا يجب

لا على المباشر فاذا اخذ ولي الدم الدية ثم احضر القاتل لولي المقتول كان له
قتله و يدفع الدية الى من اخذها منه لانه اخذها للحيلولة وقد زالت وكذا لو تمكن من
استيفاء القصاص بعد اخذ الدية من المخلص وجب عليه رد الدية الى الغارم لانه اخذ
للحيلولة وقد زالت فيجب رده الى المالك فتامل اذا احضر الغريم قبل الاجل او لو كفله موجلا
ثم احضر قبل الاجل هل يجب على المكفول له تسلمه او لا اختلف الاصحاب في ذلك فالمحكي عن
الشيخ في ط وابن البراج هو الوجوب ان لم يكن ضرر في تسلمه والمختار للعلامة هنا وانا كما حكي عنه هو
عدم الوجوب لان حقه تسلمه في الاجل والقبض قبل الاجل ليس حقه فلا يجب عليه قبضه
وهو المعتمد عندي اذ الغرض قد يختلف فتم كتاب الصلح وهو لغة كما صرح اهل اللغة
ضد الفساد تقول صلح الشيء يصلح صلوحا مثل دخل يدخل دخولا اذا كان عاديا في الفساد
فالاصلاح نقيض الافساد كما ان الاستصلاح ضد الاستفساد والصلاح بكسر الصاد مصدر المصالحة
والاسم الصلح واما انه في الاصطلاح عبارة عن عقد شرع لقطع التجاذب والتنازع من بين
المسلمين ولا اشكال في مشروعيته في الجملة ويدل عليها الاجماع من المسلمين محصلا ومنقولا
والكتاب والاخبار اما الكتاب فالايات الكثيرة منها قوله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا
فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير ومنها قوله تعالى فاتقوا الله واصلحوا ذات بينكم
ومنها قوله تعالى ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ومنها قوله تعالى انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين
اخويكم حيث يدل كل واحد منها على مشروعية الصلح ولكن في دلالتها على الصلح العقدي الذي هو
مراد الفقهاء في هذا المقام تامل فتامل جدا واما الاخبار فكثيرة ايضا منها النبوي المروي من طرق العامة
ومرسلا في الفقيه الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا ومنها ما رواه حفص
ابن البختري في الحسن عن الصادق ع انه قال الصلح جائز بين المسلمين وغير ذلك من الاخبار والحكايات
التي وردت في موارد خاصة تدل على مشروعية الصلح وجوازه بين المسلمين وعلى انه
نفع عظيم اذ مع قطع النزاع يحصل تمام نظام النوع الانساني وفوائد المعاش والمعاد وغيره لا صلح

زاد

كتاب الصلح

ذات البين فيه اوضح بل وكيف كان فالعمدة في الاستدلال على المشروعية هو الاجماع القائم
بكلا قسميه في المقام فلا يحتاج الى دليل اخر سواه ثم الكلام في هذا المقام يقع في مقامات ثلثة
الاول في بيان انه هل من العقود او الايقاعات فنقول الظاهر من كلمات الاصحاب هو الاول
بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه حتى القائل بالفرعية انه قال بكونه من العقود كما لا يخفى ودعوى انه لو
افاد الابراء كان ايقاعا للاتفاق على ان الابراء من الايقاعات فاسدة لمنع الملازمة المذكورة
اذ من الجائز ان افادة الابراء لا يلزم كونه ايقاعا كالابراء بل هو مع القبول يفيد فائدته وكيف
كان هل يعتبر فيه جميع ما يعتبر في العقود اللازمة من احتياجه الى الالفاظ الخاصة من كون
ايجابه ملفوظا بصريح غير ملحون او لا بل يحصل بكل لفظ دال على الصلح اقول مقتضى الاصول
الاولية وان كان هو الاول الا ان مقتضى القواعد الثانوية هو الثاني ضرورة ان الصلح
ليس الا من مقولة المعنى وهو المسالمة والتراضي على شيء ولا ريب ان مقتضى القواعد والاطلاقات
حصوله بكل لفظ دال عليه بالقرينة وان كان بغير لفظ الصلح والاصل عدم اشتراط لفظ خاص في
ذلك مما لا كلام فيه ولا شبهة تعتريه انما الكلام في جواز المعاطاة والاكتفاء بالاشارة في
هذه المسألة لم اجد احدا تعرض لهذه المسألة الا المقدس الاردبيلي ره والاقرب عندي الصحة
المعاطاة هنا لاندراجها تحت العمومات الدالة على صحة الصلح وهي هنا سليمة عن المعارض
ونحوه مما دل على جوازها في البيع لانه اكثر شروطا واضيق صدرا فاذا اغتفر فيه لزم ثبوتها
في الصلح الذي مبناه على السهولة والتوسعة هذا وان كان مقتضى القاعدة الاولية ظاهرهم لما
كان اشتراط الصيغة الايجاب والقبول فراعات اللفظ في الايجاب والقبول الاحوط الثاني
في بيان انه هل يشترط في صحة الصلح او في تحقق مفهومه سبق تنازع وخصومة او لا بل لو وقع
ابتداء على عين بعوض معلوم صح وافاد نقل كل من العوضين اظهرها لا بل الاقوال المشهور
عند العامة كما سمعت من الشيخ الاستاد دام ظله العالي هو الاول الا انهم قالوا بان الخصومة شرط
ليبقى النزاع حقيقة وظهر من بعض اصحابنا انه لا بد من النزاع اما بوجوده محققا او مقدرا

الزوبه

بمعنى كونه موجودا وجوده متوقعا وبعبارة اخرى ان صحة الصلح انما هي لاجل انه قد يجر الى
النزاع وهذا العقد يكافي الصحة فيه واما اما لرفع التنازع او لدفعها على هذا القول ولكن
المشهور عند اصحابنا بل كاد ان يكون اجماعيا هو عدم الاشتراط مطلقا وهو المعتمد للاصل والعمومات
وظهور اتفاق الاصحاب فالتمسك بما للعامة لاثبات مطلبهم بان الصلح عقد شرع لقطع النزاع
والتجاذب والخصومة وهو يقتضي اشتراط سبق الخصومة لان قطع التجاذب مسبوق بالتجاذب
مندفع بانه عليه في ذلك وهو وهكذا مع صدقه والايضاح في مقام الجواب عن الايراد من انه لا يلزم
من كون اصل شرعيته لذلك ثبوته في كل فرد من افراده لان القواعد الحكمية لا يجب اطرادها
في كل فرد كالقصر في السفر فان الاصل فيه وجود المشقة مع انه يثبت عند عدمها في كثير من افرادها
وكذلك العدة وكيف كان اشار والمصنف الى المقام الثالث الذي اشرنا اليه بانه يفيد لو وقع
على عين ولو افاد فائدة غيره من العقود على خلاف الشيخ في ط حيث حكي عنه انه قال فرع على عقود خمسة
كما هو مذهب الشافعي اي جعله فرع البيع والهبة والاجارة والعارية والابراء لانه اذا تعلق الصلح بما
يفيد تمليكا او اسقاطا فان كان الاول فلا يخلو اما ان يكون تمليك عين بعوض فهو البيع وان كان بعوض
عوض فهو الهبة وان كان يتضمن تمليك منفعة بعوض فهو الاجارة وبغير عوض فهو العارية وان تضمن
الاسقاط فهو الابراء فحجة القائل بالفرعية في الحقيقة هي افادة الصلح فائدة هذه العقود الخمسة
والقول الاخر الذي هو المشهور بل مجمع عليه بين الاصحاب هو انه عقد مستقل بنفسه وهو المعتمد
لاصالة الاستقلال في الصور وعدم تبعيته للغير لان ظاهر الادلة الدالة على صحة الصلح هو
كونه سببا مستقلا في التاثير ولا صيغة مخصوصة فيكون اصلا بنفسه ولانه لو كان فرعا لما كان
لافادة الفرعية بالعقود الخمسة وجه بل فرع لكل عقد وقع الصلح في ضمنه مع ان الخصم لا يقول بفرعيته
في ضمن العقود الاخر غير الخمسة ويدل على كونه مستقلا لعدم صدق واحد من هذه الخمسة عليه حينئذ ولان
ما تمسك به الخصم على الفرعية باطل لانه ان اريد بالفرعية الفرعية في اللوازم وصدق الاسم فوجه المنع واضح
لعدم صدق البيع ح حقيقة وصحة سلبه قطعا والا لو كان كذلك يلزم ان تكون الهبة المعوضة بيعا

حقيقه

حقيقة لانحادهما في العقد وليس كذلك على انه لو اتحدا معنى ح لما كان احدهما اصلا والاخر فرعا بل كان
كلاهما اصلا كما لا يخفى وهو باطل باعتراف الخصم وان اريد بها الفرعية في الحكم بمعنى ان كل ما افاد فائدة
شيء كان احكام ذلك الشيء ثابتا له فهو على سبيل الكلية ممنوع كما اشار اليه في لك ومحكي الشيخ
المقاصد بان افادة عقد فائدة اخر لا يقتضي الاتحاد في جميع الاحكام فان طلب البيع اقرار وطلب
الصلح ليس باقرار والصلح جائز على المجهول مع تعذر استعلامه والحاصل انه لا ينبغي الشك في
كونه عقدا مستقلا مع ظهور دعوى الاجماع من كلمات الاصحاب فلاحظ وتامل جيدا ثم انه على
المختار عقد لازم من الطرفين لدخوله في عموم الامر وافاق الشيخ منه تابع للعقود الخمسة في اللزوم
والجواز كما لا يخفى وكيف كان فلا خلاف عندنا في انه يصح مع الاقرار والانكار بلا خلاف اجده بل
الشيخ في ط ادعى الاجماع عليه وفي لك ان هذا عندنا موضع وفاق وهو الحجة مضافا الى العمومات
الدالة عليه وفيه رد لك على خلاف الشافعي حيث منعه نظرا الى انه عاوض على ما لم يثبت له فلا يصح
المعاوضة كما لو باع مال غيره ولانه داخل تحت المستثنى اي قوله الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وفيه انما
نمنع بطلان المعاوضة على ما لم يثبت بالصلح فانه عين المتنازع ومقتضى عموم ما الادلة صحته مطلقا
والفرق بينه وبين البيع على تقدير ذلك ظاهر فانه تصرف في مال الغير بغير اذنه بخلافه عندنا على ان شرعيته
وعقده على قطع التنازع وهو شامل للصورتين واما قوله انه داخل تحت المستثنى فيكون باطلا من
الجهة فيه اولا منع ان قوله الا صلحا احل حراما الخ صفو بغير ذلك فلا يدخل الانكار تحته وثانيا
على فرض التسليم فلا بد من التفصيل بين ان يكون الانكار كاذبا او صادقا فان كان العقد لا يحل
بين كون الانكار موجبا لتحليل الحرام وتحريم الحلال انما هو بالنسبة الى الاول لا مطلقا وبالجملة العمدة
في الدليل على صحة الصلح مطلقا هو الاجماع المزبور واطلاق النصوص نعم ان قلنا بالفرق بين صحة الافراد
والانكار وهو انه في الاول يصح الصلح ظاهرا وباطنا ويدل عليه الاجماع والروايات واما في الثاني
فالمراد بالصحة هو صحته ظاهرا الا في نفس الامر لان المدعي لا يخلو اما ان يكون محقا في الواقع او مبطلا وعلى
الاول المدعى به اما ان يكون دينا او عينا وعلى الاول اما ان يكون المصالح عليه من جنس الحق او من

او من غير منافية له او انقص او ازيد ولا ريب ان في كل هذه الصور يكون المصالحة فاسدة في
نفس الامر لانه لا يكون موجبا لنقل ما اخذه من المنكر الى المدعي وذلك لانه يشترط في صحة المعاملة وجوه التراضي
من طيب النفس وهذا مفقود فيما لو كان المدعي محقا في نفس الامر لانه ربما كان لا يرضى بالصلح لو علم ان
بعض حقه لا انه يرضى بكونه عوضا عن جميع حقه فيكون المصالحة في نفس الامر فاسدا ولا انه يتوصلها
بالارض لانه صالحه عن العين مثلا بمال فهي باجمعها حرام ولا يشتغل ذمته اصلا ما دفع اليه من العوض
لفساد المعاوضة في نفس الامر نعم لو فرض رضى المدعي باطنا بالصلح عن جميع ما له في الواقع فلا يبعد صحته
ظاهرا قلت فاذا كان الامر كذلك فيلزم ان لا يجوز للمدعي التصرف فيما اخذه بالمصالحة لان المفروض
ان المصالحة فاسدة في نفس الامر ولا سبب غيره يوجب التملك اليه فلا يجوز التصرف في مال الغير مع انه
خلاف ظاهر كلمات الاصحاب قلت انما هو لو كان ما اخذه من جنس الحق فلا اشكال في تملكه بمجرد الاخذ من
جهة او لانه التقاص لا من جهة الصلح وهذا مما لا ريب فيه ولا شبهة تعتريه واما ان كان من غير الجنس او كان
المدعي به عينا فالامر مشكل جدا لما عرفت من فساد الصلح ولا سبب للتملك الا التقاص وان امكن ان يكون
سببا الا انه يتوقف على شرائط وهي مفقودة هنا كما لا يخفى الا ان الاسناد وامر ظاهر الغالب قالوا ان المأخوذ
بالمصالحة والفرض المزبور انما يكون عوض حيلولة فيملكه ملكا متزلزلا ويجوز له التصرف ثم ان وصل اليه حقه
زال الملكية عن المأخوذ فيجب رده والا كان ثابتا في ملكيته وهذا وجه وجيه هذا كله فيما لو كان المدعي
محقا في نفس الامر اما لو كان مبطلا فالامر واضح لانه لم يحل له ما اخذه من المنكر وما ادعاه اكل له
اكل مال بالباطل اذ لا يخفى معه التراضي المبيح لاكل مال الغير وانما حكم بالصحة بحسب الظاهر لاشتباه المحق
عن المبطل وهذا اجماعي لا يحتاج الى دليل آخر فرع وهو انه لو كانت الدعوى مستندا الى قرينة يجوزها
كما لو وجد المدعي بخط مورثه ان له حقا على احد فادعاه وصالحه على اسقاطها بمال او شهد له من لا يثبت
بشهادته الحق وان لم يكن المدعي عالما بالحق وتوجهت اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال او على
قطع المنازعة فيظهر من كلمات الاصحاب الاختلاف في هذه المسألة حيث ان بعضهم قالوا بصحة الصلح
ظاهرا وباطنا مطلقا ولو انكشف فساد الدعوى لان اليمين حق وانها بغير انه يستحق المدعي من المنكر فيصح

الصلح

الصلح على اسقاطها ما الصلح ويظهر من بعضهم كما سمعت من الشيخ الاستاد التفصيل مبني ان يكون الصلح
على اسقاط الدعوى او على اسقاط اليمين فعلى الاول يكون صحيحا ظاهرا او باطنا بخلاف الثاني فيكون صحيحا
في نفس الامر ويظهر من بعض الاصحاب ان الصحة ظاهرا او في نفس الامر بمعنى انه محكوم بالصحة
ما لم ينكشف الخلاف وما في نفس الامر تابع لصحة الدعوى وعدمها وهذا هو المعتمد عندي وكيف
كان فقد ظهر لك ان الصلح جائز بين المسلمين مع الاقرار والانكار الا صلحا احل حراما او حرم حلالا كما في
الخبر واما مثل الصلح لا مسبب لاباحة بضع بغير الصلح او شرب خمر او غير ذلك من المحرمات او حرم حلالا
لا يطأ حليلته ولا ينتفع بماله ونحو ذلك فلا اشكال ولا خلاف في تفسير هذه المسألة بالنسبة الى
تفسير الجزء الثاني فيه اشكال وهو واضح لمح الى البيان انما الكلام والاشكال فيه بالنسبة الى تفسير
الجزء الثاني اي تحريم الحلال فمنهم من فسره بان يصطلحا على معاملة يؤدي الى الربا او على ما يحرم اخذها
بشرط ان لا يطأها ومنهم من فسره بصلح المنكر على بعض المدعى به او منفعته او بدله لكما لا يخفى ومنهم من
فسره كما يظهر ذلك من الاكثر وهو المعتمد ان المراد ما اذا اصطلحا على ان لا يطأ احدهما او كلاهما حليلته
او لا ينتفع بماله ونحو ذلك من المحللات التي وردت في الشريعة وما يعتد بالصلح تحريمها والاجتناب منها
ولا ريب في بطلان مثل هذا الصلح والضابط في ذلك هو انه كل موضع ثبت فيه حكم من الشارع من الحل
او الحرمة واراد المتعاملين بالصلح تغيير تلك الصفة لصفة وتبديلها من الحل الى الحرمة وبالعكس كان
ذلك باطلا لانه تغيير حكم الله ورسوله كان ذلك باطلا وبالجملة لا كلام ولا اشكال في شرطية
هذا المستثنى في صحة الصلح بل في كل عقد كما لا يخفى وكيف كان اشار الله بشرط آخر لصحة الصلح مختلف
فيه بقوله وكذا يصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ومع جهالتهما او في الجهل ما لا خلاف
فيه بل في المسالك والمحكي عن كرة الاجماع عليه لاطلاق الادلة وخصوص الصحيح عن الباقر عليه السلام انه قال في
رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل
واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي فقال لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت به انفسهما
والمناقشة باحتمال كون مصب هذا الابراء لا الصلح مدفوعة بفهم الاصحاب ذلك منها وظهور ارادة الصلح

مع كون احدهما عالما بالدعوى كما يتوهم من الاستثناء على هذا يكون منقطعا

منها وليستحق الا الصلح فلا اشكال في الدلالة على المطلوب وتنقيح الكلام في هذا المقام موقوف
على بيان الاقسام ليحصل به الالمام فنقول المتعاقدين بعقد الصلح لا يخلوا اما ان يكونا عالمين بما يتصالح
عليه جنسا وقدرا او جاهلين بذلك او كان احدهما جاهلا والآخر عالما فان كانا الاول فلا
كلام ولا خلاف في صحة الصلح ويدل على ذلك الكتاب والسنة والاجماع بلا خلاف فيه واما القسم الثاني
اي لو كانا جاهلين فلا يخلو اما ان لا يمكن رفع الجهالة لكل منهما لا حين العقد ولا بعده مطلقا
او يمكن رفعها حين العقد بسهولة او لم يتمكن من رفعها حين العقد لعدم اسبابه كعدم وجود
مكيال او ميزان او نحو ذلك ولكن يمكن رفعها بالتأخير الى مدة فان كان الجهالة من القسم الاول
فالظاهر انه ايضا مما لا خلاف ولا كلام في جواز الصلح وصحته ويدل على ذلك بعد الاجماع والاطلاقات
ما ذكره في محكي كرة ونبه عليه في جامع المقاصد والمهذب من عدم جواز خلاف فيه مطلقا وان الحق
ما لا يدرك كله لا يترك كله والتخلص من ذلك الحق الذي هو مطلوب واجب ان يكون له طريق
الى ذلك والمفروض انه لا طريق الا الصلح فوجب ان يكون سائغا والا لزم الحرج والضيق في الاحكام
وهو منفي شرعا والحاصل انه في هذا القسم ايضا لا اشكال فيه بل الكلام والاشكال انما هو في
القسم الثاني اي الذي يمكن رفع الجهالة حين العقد من كل منهما بسهولة بحيث يكون الجهالة التي
لا تغتفر في البيع والاجارة اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال الاول ان هذه الجهالة لا تفسد عقد الصلح
مطلقا لو حصل القدرة على دفعها حال العقد بمراعاة الكيل والوزن والعدد والذرع والمشاهدة
وهذا القول مبني على عدم اشتراط العلم بالعوضين وهذا هو الظاهر من جماعة من الاصحاب هنا
والمحكي عن ظاهر نهاية وق والغنية وكرة وتع وحكى والكفاية والمحكي عن الرياض انه صرح بان المشهور عند
اكثر الاصحاب الثاني ان الجهالة لا تفسد مع التمكن من رفعها مطلقا وهو المحكي عن ظاهر الشيخ وغيره
الشافعي من العامة وهذا مبني على اشتراط العلم بالمتصالحين الثالث ما حكي عن الاردبيلي من التفصيل
بين ان يكون العوض ايضا مجهولا كالمصالح عليه او لا فلا يصح والا فيصح والحاصل ان هذا
الخلاف مبني على ان العلم هل هو شرط في صحة الصلح كما في البيع والاجارة ونحوهما او لا فمن قال بالاول

قال

قال بوجوب رفع هذه الجهالة وكونها موجبة للفساد ومن قال بالثاني قال بعدم كونها موجبة للفساد
وكيف كان استدل القائلون بالاول بوجوه احدها الاصل المعبر عنه باصالة عدم الاشتراط
بعد كون الاصحاب الثاني انما هو في اشتراط العلم وعدمه وثانيها عموم الاخبار المصرحة
بان الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا الا ان الصلح مع الجهالة من المستثنى لا من
المستثنى منه لانا نقول لا نسلم ذلك فان الجهالة التي تزول بالعلم كما لا يخفى ذلك على من له ادنى تدبر
وثالثها انه لو كان العلم شرطا فلا يتفاوت الحال فيه وبين التعذر وعدمه كما في البيع ونحوه
مما لم يستثنوا منه صورة التعذر فلا وجه لاستثناء صورة التعذر هنا فتدبر ورابعها ان الصلح لو
اشترط فلا يتفاوت الحال فيه وبين التعذر وعدمه كما في البيع ونحوه مما لم يستثنوا منه صورة
التعذر وفيه لا وجه فيه ما يشترط في صحة البيع والاجارة من المعلومية لم يكن في مشروعيته كثير
فائدة لان الفائدة التي يحصل منه على هذا التعذر يحصل من غيره والتالي باطل لما ورد فان
في الصلح منفعة عظيمة اذ مع قطع النزاع يحصل تمام نظام النوع الانساني وفوائد المعاش فلذلك وصفه
سبحانه بانه خير عظيم فتدبر وخامسها عدم تمامية ما استدل به الخصم لاثبات مذهبه واستدل
القائلون باشتراط العلم اولا بالاصل الذي هو اصالة الفساد في المعاملات والعقد المتيقن
خروجه عنه ما اذا كان احدهما صورة العلم وثانيها ما جاء من بعد ذلك وبقي الباقي تحته وثالثها بالاولوية
النهي عن بيع الغرر بتقريب ان المناط في النهي منع حيث يكون المناط فيه هو نفس الغرر وهو صادق في الغرر
الناشئ عن البيع لا مدخلية لذلك ولا ريب ان الجهالة موجبة للغرر فيكون منهيا عنه فتثبت اشتراط
العلم مع ان عموم نفي الغرر يعارضه عموم نهي الغرر والجواب اما عن الاصل فبانقطاعه بالاطلاقات
قطعا وهو واضح لم يبق الا البيان اما عن الثاني فاولا انا لم نجد في الكتاب والسنة ما يقتضي عموم النهي عن
الغرر الا رواية نبوية مرسلة وهي لا تصلح للحجية لانها مع ارسالها عند الاصحاب بالقبول لم يستند هو
فيها الى مورد علم به الا ما نقل لا في غيره ان جميع الاصحاب تلقوها بالقبول بحيث يحصل العلم او الظن
بصدورها من النبي لم يستند اليها الا بعض الاصحاب في موارد وذلك بنفسه لا يكون حجة حتى صار

مع احتمال كون الاستثناء منقطعاً من باب التأبيد لا الاستغراق او من باب الالتزام المختص بما يتوقف
به تماماً على فرض تسليم صحتهما واعتبار سندهما فنقول يمنع كونه من باب تنقيح المناط لاحتمال
مدخلية خصوصية البيع في ذلك فيقتصر على مورد النص ولا يتعدى منه الى موضع آخر
ثم انه على فرض تسليم ذلك ايضاً نقول انما قام الدليل على اعتبار نفي الغرر لا على اعتبار العلم الا انتفاء
الغرر المعلوم ومن الظاهر ان الغرر هنا غير معلوم بل هو محتمل لامكان وقوع الزيادة والنقيصة
بحسب الواقع في الصلح الذي فيه جهالة ولئن سلمنا انصراف الاطلاق الى الغرر الواقعي ولكن على هذا يلزم
الاجتناب الذي فيه جهالة عن كل ما يحتمل فيه الغرر من باب المقدمة وهو لا يقتضي فساد المعاملة
التي احتمل فيها الغرر ابتداء ثم تبين بعدها عدم تحقق الغرر واقعاً صح الصلح باعتبار الوقوع اولاً
على الصحيح مع الجهالة حينئذ لعدم القائل بالفصل بين افراد الصلح الذي فيه الجهالة فتأمل واما ثانياً
فلما ذكرنا من اعتضاده بعموم نفي الغرر عليه وانشاء مثل هذا الغرر غير معلوم وملخص الكلام ان
تنقيح المناط غير الحجة والاكتفاء بالاولى هو القول الاول واما القسم الثالث اعني صورة تعذر
دفع الجهالة في الحال مع تمكنه في ثاني الحال ففيه ايضاً خلاف فمقتضى قول من اشترط هو وجوب
التأخير الى زمان يمكن رفع الجهالة وتحصيل العلم نظراً الى الادلة المذكورة وقد عرفت الحال فيها
والمحكي عن جماعة كالشهيدين والفاضلين والمقداد هو الجواز وصحة الصلح في الحال مع لزوم الحرج مع
اقتضاء الغرر وشمول مناط الحاجة لوقوع الضرر بتأخيره واقتضاء الطريق في مثله فيرجح تناول
الادلة الناقلة له من هذا القبيل الصلح على نصيب من ميراث او على عين يتعذر العلم بقدره في الحال
امكان الرجوع في وقت الى العلم مع مسيس الحاجة الى نقله في الحال والمحكي عن السيد في الرياض
الاستشكال في هذه الصورة من عموم الادلة لجواز المنصفة بالاطلاق عليها وكثير من الاصحاب من
حصول الجهل والغرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة والنقيصة مع امكان التوصل اليهما فيما اخترنا والثاني
نظراً الى ترجيح عموم ادلة النهي عن الغرر على عموم ادلة جواز الصلح او لتعارضهما مع عموم ادلة جواز الصلح
مع عدم المرجح للثانية فلابد من الرجوع الى الحكم الاصلي وهو الفساد وعدم الصحة فمنها الامكان ترجيح

ادلة

ادلة النهي عن الغرر باعتضادها بالاصل والاعتبار ووجهاً بما عند الاصحاب على ادلة الصحة
في كثير من المعاملات المختلفة وانت قد عرفت الجواب عن ذلك كله هنا ايضاً فتأمل فرع وهو انه على القول
بتوقف صحة الصلح على رفع الجهالة مع التمكن هل يجب تعيين العوضين بنحو ما يجب في البيع من الكيل
والوزن والعدد والذرع والخرص اذا انضبط بالصلح فلابد منه او لا بل يكفي العلم بما يقع عليه الصلح في
الجملة اما بوصفه او بمشاهدته فلا يحتاج في المثل المذكور الى الكيل والوزن ومعرفة اجزاء الكرباس
والقماش والثياب ووزن الموزونات وغير ذلك مما هو معتبر في البيع والمحكي عن المحقق الاردبيلي
هو الاخير محتجاً بالاصل وعدم دليل واضح على الاشتراط غير ذلك وعموم ما دل على صحة الصلح وبان
الصلح شرع للسهولة والارفاق للناس ليسهل مرادهم ومهمهم فلا يناسب الضيق وبان الصلح مبني على
المسامحة والمساهلة وربما يظهر من الاردبيلي الموافقة لاحتمال ويكفي المشاهدة في الموزون
واما الاول فهو المحكي عن ظاهر الدروس حيث قال الاصح انه يشترط العلم بالعوض ان امكن وهذا
هو الحق لانا بعد ان نفينا اشتراط المعلومية نظراً الى الادلة المذكورة كان مقتضاها اعتبار
المعلومية بنحو ما اعتبر في البيع كما لا يخفى على من لاحظها فتأمل هذا كله فيما لو جهلا معاً بالمقدار واما
لو جهل احدهما وعلم الآخر كما لو علم زيد مثلاً ان في ذمة عمرو كذا ولم يعلم عمرو بما فيها او قدر بلغ ان
الجاهل المستحق لم يصح الصلح في نفس الامر الا ان يعلمه بالقدر او يكون المصالح به قدر حقه مع كونه
غير معين اذا العبرة بوصول الحق الى صاحبه وبدل الصلح على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة عن علي بن ابي حمزة
ولو انعكس الامر بان كان المستحق عالماً بالقدر والغريم جاهلاً وبذل التخلص منه لم يصح الصلح في
الحق بمقداره او انقص منه عكس الاول وكيف كان يصح الصلح فيما لو علما القدر ورضيا بما وقع عليه
وجهلا به معاً مطلقاً وبما كان او عيناً والاختلاف فيه وان ظهر من بعض الاصحاب الحكاية عن بعض
الاخر اختصاص الصلح بما اذا كان بعض المال ديناً وبعضه عيناً اما فيما لو كان كله ديناً او كله عيناً فلا لعله
اقتصر على مورد النص لكنه ضعيف الاقرب الصحة مطلقاً وعلى كل حال فنقول عقد الصلح بناء على ما قلنا من
كونه اصلاً برأسه لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه لقول ... استدل على اللزوم بعد الاجماع

على ذلك بعموم اوفوا بالعقود وقال الاستاذ دام ظله العالي وفي هذا الاستدلال نظر لعدم دلالة هذه
الادلة على اللزوم وجه بيانه هو انه لا يمكن ابقاؤها على ظاهرها من العموم ووجوب الوفاء في كل عقد
من العقود فلابد من التصرف اما في لفظ العقود بتخصيصها بالعقود اللازمة او في لفظ الامر بارادة
مطلق الرجحان منه الذي يكون قدراً مشتركاً بين الوجوب والاستحباب وعلى تقدير التخصيص والمجاز
في صورة دوران الامر بينهما وان كان الاول مقدماً على الثاني الا ان المجاز في بعض الموارد يكون مقدماً
على التخصيص كما حققناه في محله وما نحن فيه من هذا القبيل فاذا كان المجاز اولى فلا دلالة على اللزوم
اصلاً كما لا يخفى ثم قال دام ظله العالي هذا كلام ظاهري والا ففيه ان الاحتمال ان استعمال الامر وان كان
شائعاً في الندب الا انه في خصوص المقام مما لم يستعمله فيه احد بل لا معنى لاستحباب الوفاء بالعقود كما لا يخفى
فعلى هذا لابد من التصرف في لفظ العقود بان يقال ان المراد بها في الآية ليس كل عقد على اي نحو كان وبأي
لفظ وقع والا لزم استثناء الاكثر اذ الخارج منها اضعاف الداخل فانما يراد بها العقود المتعارفة
في زمن النبي بالالفاظ الشائعة في ذلك العصر ولكن انت خبير بانه مع ذلك لا يدل على المطلوب اذ العقود
المتعارفة اعم من الجائز واللازم ويكون الارجح انه يجب الوفاء بمدلول العقد ان واجباً فواجب
وان جائزاً فجائز فلا يثبت بهذه الادلة ان الاصل في العقود اللزوم الا ان جاء الدليل على الجواز بل لابد
في اثبات اللزوم في العقود المشكوكة من التمسك بالاصل اعني استصحاب بقاء الملكية واصالة عدم عروض
المانع اذ لا شك ولا شبهة في حصول النقل والانتقال بمثل العقد الذي يشك في كونه لازماً او جائزاً
حين اخذنا واحدهما الفسخ ولو دون مقتضى الملكية عدم جواز الفسخ بدون رضا الآخر كما لا يخفى فيكون
لازماً بمقتضى هذا الاصل هذا هو الذي سمعته من الاستاذ دام ظله ولكن المحقق عندي كما ظهر لي
بعد التأمل الكثير هو تمامية دلالة الادلة المذكورة على اللزوم وان كان المراد من العقود الاعم من اللازم
والجائز بيانه هو انه لا شك ولا شبهة في ان المعنى المطابقي للامر في اوفوا ليس الا الحكم التكليفي فقط اعني
بل الطلب الحتمي اذ معناه انه يجب عليكم الوفاء بمدلول العقد ان واجباً فواجب وان جائزاً فكذلك من
قبيل اوفوا بالعهود واوفوا بالنذور واما الحكم الوضعي الذي هو عبارة في المقام عن اللزوم

او الكيفية فليس

فليس من مدلوله المطابقي بل بطريق دليل الاقتضاء الذي هو الانتقال من المعلول الى العلة اذ المفروض
ان المدلول المطابقي للامر هو وجوب ترتيب الآثار الشرعية ومن المعلوم ان الملكية هي العلة لترتب
الآثار كما لا يخفى فينتقل من المعلول الذي هو ترتب الآثار الى العلة التي هي الملكية فهي مستفادة
من مفهوم الامر لا ان نفسها هي المفهوم له كما توهم بعضهم واما اللزوم فهو يستفاد من عموم الا
اوفوا لان اوفوا عام بالنسبة الى الاحوال والازمان كما انه عام بالنسبة الى الافراد فيكون مفاده
انه يجب عليكم الوفاء بالعقد في جميع الازمان ولازم ذلك هو اللزوم كما لا يخفى ولذا يحكم ببطلان
فسخ احد المتعاقدين اذا قال فسخت لا يقال انه على هذا منافاة لشمول العقود الجائزة اذ اللزوم فيها
لانا نقول لا منافاة بينهما لان العموم مخصص بالنسبة الى العقود الجائزة في كل آن الا اذا اراد حلها
فلا منافاة بين كونه لازماً قبل الرد وكونه جائزاً حينئذ فلتتأمل جداً وبالجملة لولا الادلة المذكورة
يكفينا لاثبات اللزوم دخول الاقالة فيه كما تدخل في البيع لشمول ادلة الاقالة له ولغيره
كما ذكرنا في محله ولو اصطلح الشريكان على ان يكون الربح والخسران على احدهما وللآخر رأس ماله
صح تصوير المسألة هو انه لو تحقق الشركة بين شخصين في مال اما بالعقد او بغيره من الاسباب
الموجبة للشركة ثم اصطلحا على ان يكون الربح والخسران على احدهما وللآخر رأس ماله فنقول
هذا الصلح نظراً الى انه واجد لجميع الشرائط والاطلاقات اولاً بل هو باطل نظراً الى منافاته لمقتضى الشركة
من تبعية الربح والخسران لرأس المال فيكون كالواقع مشتملاً على شرط عدم الانتقال او من قبيل شرط
الخيار في البيع لان اللزوم من صفات الخاص ... من مقتضياته فشرط الخيار في عقد البيع انما ينافي
اللزوم الذي هو مقتضى الاطلاق فمع اشتراطه لم يبق للشركة مقتض بالكلية ويكون بمنزلة عقد
الشيء بشرط عدمه والبيع المشروط فيه عدم الانتقال فيكون باطلاً وكيف كان محل النزاع في
هذا المقام غير محرر في كلام الاصحاب بل كلماتهم مضطربة مختلفة غاية الاختلاف حيث يظهر من بعضهم
ان محل النزاع انما هو خصوص فيما اذا كان الشرط المذكور في الشركة ملتفظاً بالشرط اما لو كان
بلفظ الصلح فلا نزاع في صحته وجوازه ومن بعض آخر عكس ذلك بان محل النزاع انما هو فيما لو وقع

بلفظ الصلح حيث وجهوا لفظ الاشتراط الوارد في الخبر كما سيجيء ذكره بان المراد به التراضي
فيشمل العقود وربما يطلق في الاخبار اسم الشرط على العقود وعلى هذا لا يبعد لنا من بنائه ان يحمل
التراضي حتى يحصل للصحة في الحال فنقول لا ريب ولا خلاف ظاهرا في انه لو دفع المزبور شيئا
المذكور على راس المال في زمن الحصول بان كان له الربح والخسران على ان يكون راس ماله في ذمته
بحيث لو تلف لا يرجع عليه لكان ذلك صحيحا جائزا ومن ان مرجع ذلك الى فسخ الشركة ولانه
يصرح من الصحة كما لا يخفى ولذلك لا خلاف ظاهرا لو كان الصلح المزبور على راس المال حقيقة
المعين من هذا المال المشترك بحيث لو تلف هذا المعين لا يستحق الرجوع عليه فان ذلك فسخ للشركة
واما لو كان الصلح على راس المال في المال بمعنى في الحصة الشائع من دون التعيين بان قال
احدهما لك ما استحقه من هذا المال من الربح والخسران على ان يكون ذلك وقاية يحفظ
راس مالي من هذا المال المشترك بحيث لو تلف نصفه لكان النصف الاخر لي ولو تلف كله لم يكن
على الاخر شيء ولا يجوز الرجوع عليه هذا هو الذي اختلفوا في صحة هذا الصلح وبطلانه ومن
انه لا يكون فسخا للشركة حيث الشركة الاجنبية باقية وان ذالت الشركة العقدية بعد انتهاء الشركة
اي انتهاء العمل ولا ريب ان صح فرض الحال كذلك ينبغي ان ينازع في ان الشرط الواقع في الشركة
مع فرض بقائها هل هو صحيح نظرا الى شمول اطلاق الرواية لجوازه بعد ظهور الربح بغير تقييد بارادة
القسمة بل يجوز مع ظهوره او ظهور حسنا وشرطا او فاسد نظرا الى كونه منافيا لمقتضى
الشركة فذهب جماعة الى الاول والاخر الى الثاني قال الاستاد دام ظله مقتضى القاعدة هو بطلان
الشرط لانه منافي حكم الشركة بالمرة وان لم يكن منافيا لذات عقدها وذلك لا يزول الا بانه منافيا
حكمهما فلا يمكن الجمع بين مضمون عقد الشركة ومضمون هذا الشرط كما لا يمكن الجمع بين
النقيضين المتضادين والحاصل ان هذا الشرط داخل في المستثنى من قوله عم المؤمنون عند شروطهم
الا شرطا خالف كتاب الله او سنة رسول الله ص ولا ريب ان هذا الشرط في العقد وحكمه مما يكون
مخالفا لكتاب الله وسنة رسوله فيكون فاسدا ومن هنا ظهر ان المراد بالشرط ...

بلفظ

مطلب سواء كان في ابتداء الشركة او في اثنائها او في انتهائها صح

اعم من ان يكون بلفظ الشرط او بلفظ الصلح الا ان الكلام هنا هو فيما اذا وقع بلفظ الثالث
وانه ظاهر هذا وان كان مقتضى القاعدة الا انه ورد في المقام دليل خاص معتبر يدل على الصحة
من تلك القاعدة وهو ما رواه في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا وكان
من المال دين وعليهما دين فقال احدهما لصاحبه اعطني راس المال ولك الربح وعليك التوى فقال
اذا اشترطا فلا بأس اذا كان شرطا يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد الى كتاب الله عز وجل ونحو ذلك
ثم لا يخفى ان هذا الخبر انما هو الصحة فيما اذا وقع الصلح عند انتهاء الشركة اي العمل كما يظهر ذلك من قوله
فربحا فيه ربحا اذ الربح لا يكون الا بعد انتهاء العمل واذا اختص الصحة بعضها ومنها التفصيل في ذلك والحكم
والوجه وتحرير جامع المقاصد في الاقتصار على مورد الرواية والتعدي عنه يحتاج الى دليل
المفروض عدمه ولكن ظاهر المصنف هنا وجماعة اخرى كما حكي عنهم ظاهر كلام فخر والقواعد والكفاية
هو الصحة مطلقا سواء كان عند ارتفاع عقد الشركة او في اثنائها او انتهائها اذ ان
اطلاق الرواية يدل عليه وعموم المسلمين عند شروطهم والمحكي عن الحدائق انه جعل ظاهر العبارات
والنصوص المتقدمة وقوع ذلك في اثناء الشركة وقال شيخنا استادنا القديم في جواهره والمحقق
في المسالك ان الاوان كان الارادة في الفقه والفتوى كون هذا الصلح جاريا على مقتضى عموم
هذا على مشروعيته وغير محتاج الى دليل الخصوص وانما النصوص المخصوصة مؤكدة لذلك كما هي
الارشاد الى الصلح فيكون عليه او ابا العموم وهو يخرج المال عن الشركة ويختص بالصانع وانما يكون
العوض في ذمته ولا ريب في صحة ذلك في ابتداء الشركة اي بعد مزج المالين قبل العمل بها وان
كان الاراد منهما صحة الصلح المال على ان يكون استحقاق احدهما في المال راس ماله ناما او للاخر الباقي
ربح او خسر والمال باق على الشركة من غير ان يكون ذلك في ذمته المصالح فاشتباه في الحكم بحصول
من المال الاوف وان راس المال لم يكن لرجوع عليه فان قلنا ان ذلك ايضا مقتضى العموم كان القول
الصحة في الصور الثلاثة وان قلنا ان جواز مثل هذا الصلح يحتاج الى الدليل ولا يكفي فيه العموم
لكان من الصلح المحلل للحرام وبالعكس فالصحة المنع في غير مورد النص المزبور لانه لم يكن صنع طهورها

في خصوص صورة انتهاء الشركة واما في الفسخ بل لا باس ما ينافي الصلح المزبور والمفروض انما قرار الاستحقاق
المزبور مع بقاء المال على الشركة يعمل به فالعموم تسلط الناس على اموالهم يقتضيه وعنده ينبغي
الجواز في ابتداء الشركة يعني اي بعد مزج المالين ثم ايقاع صيغة الصلح على النحو المزبور ويجعل
المال على هذا الوجه الذي مرجعه الى البلاء الصغرى في المال وانه لا يجري سواء بقي المال وزاد
ثم اعتنائه ولا دسواء عمل به او فرض الاخر ولا انهى كلام اما الامر به وهو كلام حسن لكن مقتضى ما
ذكرنا من كون مقتضى القاعدة فلا بد من الاقتصار بمورد الرواية ودعوى عدم ظهورها
في الانتهاء يحتمل كما لا يخفى فلاحظ وتامل وكيف كان ذكر المص هنا مسائل ثلث اشار الى الاولى بقوله
ولو كان معهما درهمان فادعاهما احدهما وادعى الاخر احدهما كان لمدعيهما درهم ونصف وللاخر
ما بقي اي نصف وتنقيح الكلام في هذه المسئلة موقوف اولا على بيان مناسبة ذكر هذه المسائل
الثلث في باب الصلح مع ان المناسب ذكرها في باب القضاء لان في الصلح لان الصلح من العقود ولا ريب
ان مبنى العقود انما هو على التراضي ومن المعلوم ان الحكم في المسائل المذكورة ليس مبنيا على تراضي
المتخاصمين كما لا يخفى فهو من قبيل الاحكام فلا وجه لذكرها في باب الصلح فنقول قد ذكر الاصحاب
لذلك وجوها احدها هو ان ذكر هذه المسائل في الصلح استطرادي لان الصلح على قسمين اختياري
وقهري كما في المسائل المزبورة حيث ان الحاكم اجبر المتخاصمين على ايقاع صيغة الصلح ان تمكن والا فهو
بنفسه اوقع الصلح بدلا عنهما فان الصلح في المقام قهري بمعنى عدم كونه مشروطا برضا الطرفين
فذكر المسائل فيه من باب ذكر احد الافراد وفيه ما لا يخفى من البعد كما لا يخفى على المتامل ان الصلح
في المقام اختياري لا قهري بمعنى ان مقتضى العدل والانصاف ان يصالح المتخاصمين برضاهما لانه طريق
رفع النزاع ثم ان امتنعا ولم يرضيا بذلك فطريق رفع النزاع حينئذ هو اليمين وفيه تامل الثاني و
ثالثها ما ذكره بعض المتاخرين من ان الكلام هنا في بيان حكم ما اذا تداعيا اثنان من دون رفع الامر
الى الحاكم فالحكم في مثله ينصف المدعى به بينهما واما لو ترافعا الى الحاكم فيجري ان رفع التخاصم بالبينة
او اليمين على حاله وفيه ما فيه ايضا فالاحسن ان يقال ان الحكم بالقسمة في المسائل المزبورة وان كان

من باب التعبد كما هو ظاهر جماعة ويجيء في جواب ما نذكرها في الصلح كان في محله كما لا يخفى واما ان
كان الحكم بالقسمة لا من باب التعبد بل الحكم بها انما هو بعد البينة وبعد الحلف كما هو صريح بعض
لا وجه لذكرها في هذا الباب اصلا الا ان يقال بان في ذكر مسئلة تحت مسئلة اخرى ويكفي مناسبة
ما وهي هنا موجودة وهي مجرد كون كل واحد من الصلح والقسمة طريقا لقطع النزاع لكن المناسب
ذكر المسائل في اللواحق لا في طي اصل المسئلة فتدبر جيدا وكيف كان اذا عرفت ذلك فاعلم ان محل الكلام
والبحث في المقام انما هو فيما اذا كان الدرهمان تحت يد المتخاصمين كليهما معا اما لو كان خارجا
عن تحت ايديهما وكان في يد ثالث غيرهما او كان في يد احدهما فقط فلا ريب في خروج الصورة
عن الرواية وفتوى الاصحاب فلا بد فيهما من الرجوع الى القاعدة بان يقال اما فيما كان في يد ثالث
فلانه اما ان يكون لاحدهما او لكليهما بينة ام لا فعلى الاول فان كان البينة لاحدهما فيقدم
قوله وان كانت لكليهما معا فيرجح الاعدل ثم الاكثر وعلى فرض التساوي فالحكم اما القرعة
او القسمة على اختلاف وعلى الثاني فاما ان يصدق الثالث احدهما بانه في يده امانة لكن دون
الاخر او صدقهما معا او انكرهما فان صدق احدهما ايضا والمصدق بالفتح ذو اليد حلف
لانه المنكر فاخذ المال وللمدعي ان يحلف المصدق بالكسر فان ابى من اليمين غرم لان نكوله عن اليمين
بمنزلة اقرار الثاني كما لا يخفى وان صدقهما فكانا ذوي اليد فحينئذ يقسم بينهما او يقرع على احتمال ويجوز
لهما ان يحلف المصدق على نفي العلم وان كذبهما حلف لهما وان استقر الدرهمان بيده حتى يثبت المحق واما
في صورة ان يكون الدرهمان في يد احدهما دون الاخر فان لم يكن للاخر بينة فلا ريب في تقديم قول
ذي اليد مع يمينه حط وان كان للاخر بينة فيقدم قوله ويؤخذ منه كما ذكرنا تحقيقه في باب القضاء
وملخص الكلام ثبت مما ذكرنا ان الكلام والبحث في المقام هو فيما اذا كان الدرهمان تحت يد المتخاصمين
معا فنقول الاصحاب رضوان الله عليهم حكموا في هذه الصورة بالتقسيم المذكور في المتن وهذا في
الجملة مما لا ريب فيه ولا شبهة تعتريه بل لا خلاف فيه انما الكلام والاشكال في ان هذه القسمة
والحكم بها هل هو من باب التعبد والخروج عن القاعدة لا دليل ام لا بل هو بمقتضى القاعدة وعبائر

اخرى اوضح هل يحكم بهذه القسمة المزبورة ابتداء من دون ملاحظة القواعد المذكورة في باب
القضاء من اقامة البينة والحلف ونحو ذلك كما هو الظاهر من المتن هنا وجماعة اخرى او الحكم انما هو بعد
اقامة البينة ان كانت وبعد الحلف ان فقدت وتحقيق الحق هو ان نقول اما بالنسبة الى
البينة فكلمات الاصحاب وكذا رواية عبد الله بن المغيرة ومرسلة محمد بن ابي حمزة وان كانت مطلقة
وظاهرها القيد مطلقا الا انه لا بد من تقييدها بالزام لم يكن بينة اصلا او كانت من الطرفين
بحيث لم يكن مرجح من جانب اصلا فح كان الحكم هو القسمة المذكورة في المتن فلم يحكم بالقسمة ابتداء او
ذلك لانه توجيه الادلة الدالة على اقامة البينة على المدعي واليمين على من انكر ولا دلالة لاعتبار
البينة شرطا وترجيحا على الوثاقة في كثير من الموارد هذا مضافا الى الاعلام وجود ظهور وخلاف من
الاصحاب في ذلك بل الظهر من كلام الاردبيلي ره في مجمع الفائدة بل صريح كلامه الاجماع على التقييد
الذي ذكرناه والحاصل ان الادلة القطعية قد قامت على اعتبار البينة في رفع الخصومة وغاية
ما يكون فيما نحن فيه اطلاق كلمات الاصحاب وفتاويهم والروايتين في عدم اعتبار ذلك ولا ريب
ان المطلق يقيد بالمقيد والظاهر بالنص وملخص الكلام انه لا بد او يعتبر ملاحظة البينة فان فقدت
او تساوت البينتين فحكم بينهما بكون النصف لمدعي الواحد والواحد والنصف لمدعي الكل وعليه
ينزل كلمات الاصحاب والروايتين لما ذكرنا آنفا هذا بالنسبة الى البينة واما بالنسبة الى الحلف
فظاهر القسمة المزبورة تعبدي بمعنى انه يحكم بها ابتداء من دون ملاحظة الحلف ويخرج عن القاعدة
بالدليل او الدليل القسمة على وفق القاعدة والرواية مطروحة او مؤولة ظاهر كلام المتن هنا وجماعة
اخرى هو الاول وحيث استدلوا بالمطلب بمرسلة عبد الله بن المغيرة ومرسلة محمد بن ابي حمزة
وهما مطلقتان بالنسبة الى الحلف وظاهرهما انه يقسم ابتداء من دون حلف ولذا اقتصر واقي
هذا الحكم على مورد الرواية وهو الدرهمين ولا يتعدى منهما الى الدينار والمالين من سائر
الاجناس الا اذا ثبت تنقيح المناط او الاولوية القطعية ثم ان القائلين بان القسمة هنا على
وفق القاعدة اختلفوا على اقوال اربعة الاول هو ما حكي عن العلامة في كره وبعض آخر من انه قال
ان

ان القسمة بعد الحلف فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر فكل منهما مدع بالنسبة للآخر
ولو نكلا معا او حلفا قسم الدرهم المتنازع فيه بينهما نصفين رجوعا الى قاعدة التنازع وجمعا
بينها وبين الخبر هنا انتهى اقول يظهر من كلامه ره عدم الفرق بين ما لو كان الدرهم المتنازع فيه
معينا او مشاعا في انه كان يأخذ مدعي الدرهم الواحد المعين نصفه وهو الربع بالنسبة الى المجموع
الدرهمين لكن فيما لو ادعى نصف المشاع يأخذ الربع ايضا الثاني هو التفصيل بين الدرهم المعين او المشاع
بان الحكم في الاول هو كما ذكره العلامة واما في الثاني فلا بل يختص الحلف بالثاني اي بالمدعي النصف و
البينة بالاول لان المدعي الثاني اقر باستحقاق الاول الذي في يده وهو النصف المشاع
والنصف المشاع الآخر الذي هو في يد سلطنة المدعي الثاني هو المتنازع فيه فادعاه المدعي للكل
وانكره الثاني فيكون الثاني منكرا فيكون الحلف حقه وبعد الحلف يأخذ النصف تماما هو واحد
من الدرهمين وليس من قبيل التداعي اذ لا يتصور معنى المدعي بالنسبة الى ما في يده كما حقق في باب
القضاء من ان كل ما في يده منكر والحاصل ان في صورة كون المتنازع هو المعين يأخذ نصف الدرهم
الواحد وهو الربع بالنسبة الى المجموع واما بالنسبة الى كونه مشاعا بالنسبة الى المجموع واما بالنسبة
الى كونه مشاعا يأخذ تمام نصف الذي هو درهمين ثم الواحد منهما وهذا يظهر من الشهيد في
من حيث استشكاله على العلامة بعدم تمامية اطلاق كل منهما في صورة الدعوى على الاشاعة لما
عرفت وجهه الثالث هو ما ذهب اليه بعض الاعاظم من ان الحكم يكون لواحد منهما يخرج
بالقرعة لكونها لكل امر مشكل والمفروض ان ما نحن فيه من المشكل الرابع هو ما ذكره ابن الجنيد كما
اليه يشعر الاستاد دام ظله من انه قال انما يقسم الباقي منهما بينهما اثلاثا على حد نسبة الدعوى
كما ان في باب الفرائض يقسم المال على حد نسبة الاعداد والروس ولا ريب ان فيما نحن فيه مدعي
الكل يدعي اثنان ومدعي النصف يدعي الواحد وكلاهما يدعي ثلاثة فيقسم الباقي ايضا ثلاثة اقسام
ويكون لمدعي النصف ثلث ولمدعي الكل ثلثان وفيه اولا انه لا دليل على ذلك وثانيا انه لا تتم
في المتنازع فيه المعين كما لا يخفى ولكن لا يخفى انا لو بنينا ان القسمة فيما نحن فيه على وفق القاعدة فما

فالحق ما قاله الشهيد ره في س لا يخفى انا لو بنينا ان القسمة فيما نحن فيه لما عرفت وجهه ولا وجه للقرعة
لعدم كون ما نحن فيه من المشكل بعد انه لا يجري بحث القواعد والاولى لعدم الدليل عليه واما ما ذهب اليه
ابن الجنيد فتم جيدا فان حكم المسئلة دقيق جدا وكيف كان اشار الى المسئلة الثانية بقوله
وكذا الحكم فيما لو اودعه انسان درهمين وآخر درهما وامتزج الجميع ثم تلف درهم من غير تفريط في
الحفظ ولا في المزج بل اذن المودعان في المزج او حصل بغير فعله ولا اختياره فلا ريب ولا اشكال
في انه ليس ضمان على الودعي كما صرح به جماعة من الاصحاب لاصالة البراءة ولعموم ما دل على نفي
الضرر والعفو والاتفاق وبالجملة لا اشكال في حكم المسئلة هل الحكم فيها كالمسئلة الاولى كما هو صريح
المتن وجماعة اولا وقبل الخوض في ذلك لا بد لنا من بيان الفرق بين المسئلتين بعد اشتراكهما
في كيفية الدعوى حيث ان كليهما يدعي احدهما كل الدعوى والآخر نصفها وهو الدرهم
فنقول الفرق بينهما من وجهين احدهما ان في المسئلة الاولى كان كل من المتخاصمين ذا يد
بالنسبة الى المتنازع فيه كما هو المفروض بخلافه في هذا القسم فان المتنازع فيه خارج عن
يدهما ويكون في يد ثالث وهو الودعي ويد الودعي وان كان بمنزلة الموّدع وبهذا الاعتبار
يكون المودعان ذا يدين الا ان يده في الواقع يد واحد لا متعدد وبمعنى ان الدرهم المتنازع
فيه في الواقع انما يكون لصاحب الدرهمين فيكون يد الودعي بمنزلة يده خاصة فيكون صاحب
الدرهمين ح ذا يد لا بجزء لعدم في الواحد وليس لا متعدد بخلاف المسئلة الاولى فان الايدي
كانت متعددة فيها ومن هنا ظهر وجه فرق آخر بين المسئلتين وهو ان في الاولى قد يكون
النزاع في المعين مع فرض عدم تصوير الشائع بخلاف المسئلة الثانية فانه لا يكون النزاع والتداعي
فيها كما لا يخفى ثم اذا عرفت ذلك فاعلم انهم اختلفوا في حكم هذه المسئلة على اقوال اربعة احدها هو ان
حكم هذه المسئلة بعينه كحكم المسئلة السابقة فيعطى صاحب الدرهمين درهما ونصفا من الدرهمين
الباقيين ويعطى صاحب الدرهم الباقي وهو نصف الدرهم من دون يمين تعالى وهذا هو المشهور
بين الاصحاب وهو مختار المتن هنا ايضا والمحكي عن فيه وقع وكره والمعة وصك ومجمع الفائدة
والكفاية

والرواية فيطلق بانه مقتضى القواعد والرواية ايضا اما الاول فلان القاعدة تقتضي القسمة
هكذا الا انه لا يخفى اما ان يبقى الدعوى بحالها فيلزم تعطيل المال او لا بل لا بد من رفع الدعوى
ولا ريب ان رفعه انما يكون بهذا الطريق من القسمة كما هو مقتضى العدل والانصاف او بغيره
كالقرعة وهو باطل للزوم الجور والظلم على احدهما ح فتم واما الثاني فلما روي في خبر السكوني
عن ابي جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام في رجل استودع رجلا دينارين واستودعه آخر دينارا فضاع
دينار منهما فقضى لصاحب الدينارين دينارا ويقسم الدينار الباقي بينهما نصفين وقد اورد على
هذه الرواية اولا بانها ضعيفة السند لان السكوني ضعيف وثانيا بان الرواية المذكورة مخالفة
للاعتبار والقواعد الشرعية وفيهما نظر فتم وثانيهما انه يلزم استعمال القرعة لانها لكل امر
مشكل وما نحن فيه من المشكل كما لا يخفى وهو مستفاد من ير ونح وغيره ولك الا انهم لم يجروا واعلم
مخالفة الاصحاب وثالثها هو ما قاله الاستاد دام مجده ووجهه بان مقتضى القاعدة والقاعدة
هو القسمة المزبورة ولكن بعد التحالف كما في المسئلة الاولى كان الحكم هو القسمة بعد التحالف مستندا
بضعف الخبر المذكور وبعدم تمامية القاعدة المزبورة فيكون قواعد المذكور على التداعي محكما
ثم قال دام ظله لو لم يكن التحالف ايضا لكان القول بالقرعة متجها ورابعها هو ما حكي شيخنا الاستاد
ادام الله بقاءه عن العلامة من انه قال بالتفصيل بين ما لو تلف الدرهم بعد المزج او قبله فان كان الاول
كما قال بانه يقسم المال اثلاثا بحسب نسبة المال بينهما كما في المزج في الحبوبات كالحنطة والارز
وغيرهما وان كان الثاني فالحكم كما ذكره المشهور وقد اورد بعض عليه بانه فرق بين امتزاج الحبوبات
وامتزاج الدراهم حيث ان الاول يوجب الشركة ويقسم على حسبها بخلاف الثاني ولم يذكر وجه
الفرق وفيه انه ان اراد ان الامتزاج مبطل للامتياز الفرق بينهما من باب التعبد اي من جهة انه ورد
في الخبر في الدراهم يقسم ارباعا بخلافه في الحبوبات فلا وجه ونظر الى ان كان هو ذلك فرجعا
بالوفاق ايضا وان اراد ان الامتزاج مط لا يوجب الشركة وفيه انه خلاف ما حقق في باب الشركة
من ان الامتزاج سبب للشركة ولو حكما مط قهرا او اختيارا وبالنقل او عوضا مضافا الا انهم عدد المزج

النقود من المثليات ايضا فلا يتفاوت الحال بين الامتزاج في افراد المثلي كما لا يخفى وان اردنا الفرق
هو ما ذكره بعض الاصحاب بانه وان قلنا ان الامتزاج موجب للشركة في الدراهم والحيوانات
كليهما الا ان بينهما فرقا من جهة اخرى وهو ان التالف في الحيوانات انما يكون منهما بخلافه في
الدراهم حيث يكون التالف في الواقع من احدهما فيكون الشركة في الاول حقيقيا بخلافه فحكم حينئذ
وهو قسمتها اثلاثا بخلافه في الثاني وحينئذ وان كان هذا فرقا في الجملة ولكنه لا يوجب اولا بامكان
التفاوت ثانيا بان يكون التالف من مال احدهما اكثر من الاخر وثالثا بعدم مدخلية ذلك بعد فرض
الدليل على الشركة جيدا **فرع الاول** لو فرط الودعي في الحفظ والامتزاج ضمن التالف وهذا
مما لا اشكال ولا كلام فيه بين الاصحاب انما الكلام في ان الباقي يقسم بينهما وكذلك ما ثبت في
ذمته التالف اولا بل يكون الباقي لاحدهما ويكون ما في ذمته التالف للاخر وجهان ولكن
مقتضى العدل والانصاف كما ذكرنا هو الاول **فرع الثاني** لو تلف درهم من الدرهمين الباقيين
بعد تلف الاول فهل يكون حكمه الاول بان يقسم الباقي بينهما ارباعا او لا بل يقسم بينهما نصفين
كالتلف درهما ان قلنا للعلم بتلف درهم من صاحب الدرهمين على كل حال فيقسم بينهما نصفين
وعلى القول بحصول الاشتراك بمخلوط الاجزاء ويكون التلف بالنسبة الى المالين كما في كل
كلي مشاع وعليك بالتامل التام حتى يظهر لك حقيقة الحال المسئلة الثالثة وهي ما لو كان لواحد
ثوب بعشرين درهما وللاخر ثوب بثلثين ثم اشتبها فان خير احدهما صاحبه فقد انصف وان
تعاسرا بيعا وقسم بينهما نصفين واعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة وللاخر ثلثة هذا الحكم
مشهور عند الاصحاب كما قال في الجواهر انه قد افتى الشيخ بذلك وكيف كان قبل الدخول في المسئلة
لا بد لنا من بيان امكان تصوير المسئلة اولا بمعنى هل يمكن حصول الاشتباه في ما بين الاشياء المختلفة
في الجنس بحيث يكون قيمة بعضها اقل من الاخرى ام لا فنقول لا شك ولا شبهة في عدم حصول
الاشتباه في الخارج بين الشيئين او الاشياء المختلفة في الجنس مع ... كل واحد مع الاخر
انما الكلام والاشكال في امكان الاشتباه بين الشيئين او الاشياء المتحدة في الجنس مع اختلاف
القيمة

القيمة نقصا وزيادة لان تفاوت القيمة انما هو من الجهات المانعة من الاشتباه في الخارج ضرورة
ان تفاوت قيمة احدهما يدل على كونه اعلى او ادون من الاخر كما ان زيادة القيمة تدل على كونه
اعلى من الاخر ومع ذلك فكيف يمكن حصول الاشتباه مع ذلك في الظاهر اذ ربما يكون احدهما
متصفا بصفات خفية يكون موجبا لزيادة القيمة بحيث لا يطلع عليها كل احد وان كانا متحدين
في الجنس ووقوعه كثيرا في الخارج كما لا يخفى على المنصف المتامل وكيف كان لا اشكال في صور المسئلة
انما الاشكال في حكمها فاختلف الاصحاب على اقوال قول بانه ان خير احدهما صاحبه فقد انصف
والا بيعا وقسم الثمن بينهما اخماسا بمعنى انه اعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة والاخر
ثلثة وهو الذي ذهب اليه المشهور مستندا الى خبر اسحاق بن عمار عن ابي عبد الله في الرجل يبضعه الرجل ثلثين
درهما في ثوب واخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا
ثوبه قال يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلثين ثلثة اخماس الثمن والاخر خمسي الثمن قال فان صاحب
العشرين قال لصاحب الثلثين اختر ايهما شئت قال قد انصف ... واضح ...
وان كان تخيير صاحب العشرين الاخر الا انه لا فرق بينهما فلا اشكال على انه ... هذا الخبر
انصف صاحب العشرين لو خير صاحب الثلثين مع ان الامر بالعكس اذ الانصاف انما هو
من جانب الاكثر كما لا يخفى فهذا قرينة على عدم الفرق في ذلك وكيف كان لا اشكال في
دلالة هذا الخبر انما الكلام في سندها حيث ان سندها ضعيف وقد يجاب بان الضعف منجبر
بالشهرة المحكية في موضع احتمال صحة طريق الصدوق الى الاولى فتم والقول الاخر في المسئلة
المحكي عن ابن ادريس من لزوم استعمال القرعة للاجماع على ان كل امر مشكل فيه القرعة وما نحن
فيه من هذا القبيل والقول الثالث هو ما حكاه عن العلامة من التفصيل بانه ان امكن بيعهما منفردين فبيع
فان تساويا فلكل واحد ثمن ثوبه ولا اشكال وان اختلفا فالاكثر لصاحب الاكثر والاقل
لصاحب الاقل بناء على الغالب من ان قيمة الناقص لا يجبر ازيد من الزايد وان لم يكن صار الحكم
كما ذهب اليه المشهور واي يكون كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن

على راس المال وعليه تنزل الرواية وفيه ما لا يخفى من النظر اولا بان البناء على الغالب ليس باولى
من القرعة لانها دليل شرعي على هذه الموارد وثانيا ان الدليل على اعتبار مثل هذا الظن الحاصل من
مثل هذه الغلبة لا سيما في الموضوعات ومع كونه مناقضا لمقالة النص ثم قال الاستاد دام ظله
العالي ان هذه المسئلة مبنية على مسئلة انه هل يجوز الشركة في الامتعة وفيما لا مثل له كالثوب
والخشب وغيرهما اولا فعلى الثاني فمقتضى القاعدة هو القرعة كما ذكره ابن ادريس وعلى الاول
فمقتضى قاعدة الشركة هو التقسيم بينهما بنسبة قيمة المالين قبل البيع لا بالنسبة الى الاثمان التي
اشتريا بها اولا فيقسم بينهما نصفان ولكن الاقوى عندي هو ما قاله بعضهم من التفصيل المزبور
ثم بعد ذلك كان القول بالقرعة متجها كما لا يخفى على المتامل المنصف فتم في المقام جيدا واذا
بان احد العوضين مع كونه معينا ومشخصا في العقد مستحقا للغير او كان غير قابل للعوضية كا
لخمر والخنزير بطل الصلح بلا خلاف ولا اشكال كما في الجواهر اقول تنقيح المسئلة موقوف على بيان
مقدمة وهي انا قد بينا في كتاب البيع من انه لو وقع على معين ثم بان انه مستحقا للغير لكان
ذلك على مسئلة الفضولي اما الصحة او الفساد او بان انه غير قابل للعوضية كالخمر والخنزير لكان
فاسدا ومن انه لو وقع على مستحق وغير مستحق او قابل وغير قابل كان الحكم فيه هو التبعيض سواء
كان ذلك على خلاف القاعدة او وفقها على خلاف في ذلك ثم اذا عرفت ذلك فاعلم ان الكلام في
هذا المقام في بيان ان هذه الاحكام التي ذكرناها في البيع هل تجري في الصلح ايضا اذا وقع على
معين ثم بان كونه مستحقا للغير او غير قابل او مركبا منهما اولا فنقول اما على قول الشيخ ومن
يتبعه من انه فرع البيع اما لكونه فردا له او لكونه تابعا له في الحكم فقط فلا اشكال في جريان
جميع احكام البيع له كما لا يخفى واما على المشهور من عدم كونه فرعا وتابعا للبيع فنقول التحقيق التفصيل
بان الاحكام الثابتة للبيع ان كان من جهة اسمه من دون ملاحظة شيء اخر فالقاعدة
تقتضي الاقتصار على مورد الحكم ولا تتعدى منه الى غيره ضرورة ان الاحكام دايرة مدار الاسماء
فالصلح وان افاد فائدة البيع في مورده الا انه لا يسمى باسمه وان كان تعلق الاحكام بالبيع لاجل
كونه

لاجل كونه عقدا معاوضيا بحيث يكون التعاوض هو مناط الحكم من دون مدخلية الاسم في
مقتضى القاعدة هو التعدي من مورد البيع في كل عقود المعاوضية كما لا يخفى ولا ريب ان الاحكام
المذكورة المتقدمة انما ثبت للبيع لكونه مشتملا على التعاوض كما لا يخفى على من لاحظ ادلتها ومن
اجل ذلك تعدى الاصحاب منه الى الاجارة والمساقاة والمزارعة حيث قالوا في الاجارة بفسادها
٢ لو ظهر كون العين المستاجرة مستحقة للغير فعلى هذا كان جريان الاحكام المزبورة في الصلح اولى
لانه اقرب الى البيع كما لا يخفى ولذلك اتفق الاصحاب بفساد الصلح لو وقع على معين شخصي ثم
بان استحقاقه للغير او غير قابل للعوضية ضرورة كون العوضين من اركان الصلح الذي وقع
فيه فاذا ظهر فساد احد الركنين فسد العقد ايضا لفساد الكل بفساد احد اجزائه ولقاعدة العقود
تابعة للقصود واذا وقع غير مقصود وما هو مقصود غير واقع ومن هنا يحكم بفساد الهبة
المعوضة لو ظهر كون العوض المعين مستحقا للغير لكن فيه يمكن الفرق بين الهبة وما نحن فيه
فان التعاوض في الهبة تعاوض شرطي وهو ليس من اركان العقد ففساده غير مستلزم لفساد
العقد بخلاف البيع وما نحن فيه كان التعاوض فيهما تعاوضا منشئا جليا ويكون من الاركان
ففساده كان مستلزما لفساد العقد ولعله لاجل ذلك قال الاكثر كما حكي عنهم لو اتلف العوض
المعين في الهبة قبل الدفع لكان المتهب ضامنا بمعنى ان عليه القيمة او مثله ولا يبطل العقد فعلى
هذا فاعتراض بعض عليه لا وجه له كما لا يخفى انه يرد علينا اشكال بمقتضى التفصيل الذي ذكرنا
في اصل المسئلة من انه لو ثبت حكم بدليل خاص بالبيع فلا يتعدى منه الى غيره والاشكال هو
ان التلف قبل القبض بما ثبت للبيع بدليل خاص به وان كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال
بايعه مع ان الاصحاب تعدوا منه الى الاجارة والمساقاة والمزارعة فان كان البناء على
التعدي فلا بد ان يحكم بجريان هذا في الصلح ايضا وان كان البناء على عدمه كما هو مقتضى القاعدة
فلا بد ان لا يتعدى اصلا واجاب بعض الاصحاب عن هذا الاشكال بان الحكم بان تلف العين
المستاجرة قبل التسليم من مال الموجر ليس لاجل التعدي بل لاجل انه ورد في الخبر ان الاجارة ...

بجاز والاطلاق المجازي لا يلزم ثبوت الاحكام الثابتة للمسمّيات الحقيقية عليه انتهى وهو واضح وفيه
بعض آخر بان قوله كل مبيع تلف ليس مخصوصا بالبيع وذكره انما هو من باب المثال وحينئذ فحكم
فتأمل وقال الاستاذ الاعظم الحق هو ان قوله كل مبيع تلف الخ مختص بالبيع ولكن حكم الاصحاب بمثله
في الاجارة وما شابه هنا انما هو من جهة ادلة خاصة وردت فيها من اجماع ونحوه لا من باب
التعدي وكيف كان فملخص الكلام ان وجه البطلان في اصل المسألة ظاهر لان المعاوضة وقعت على
العين ومتى ظهر مستحقا للغير لا عوض له فينتفي الركن فيبطل الصلح وهذا لا ينافي مع قولنا بانه لا
يشترط في صحة الصلح العوض لقيامه مقام الهبة والمعاوضة لان من صحته في مقام عدم ذكر
العوض لا يلزم صحته في مقام ذكر العوض لعدم الملازمة كما لا يخفى فان قلت فانقول في النكاح
لو اوقع على المهر المعين ثم بان مستحقا للغير فلم يحكم احد بفساد النكاح مع ان العوض وهو المهر
كان فاسدا الخ وليس الصلح الا مثل النكاح فلم الحقته بالبيع وحكم بالبطلان ولم يلحقه بالنكاح و
الحكم بالصحة قلت يجاب عنه بوجوه منها منع كون النكاح من العقود المعاوضة وحينئذ لانه لو كان من
المعاوضة فلا بد ان نقول بالصحة فيما لو ظهر العوض وهو المبيع مستحقا للغير بان تكون الزوجة
زوجة للغير فلا بد ان نقول هنا بالبدل مع انه لم يقل به احد بل الكل متفقون على الفساد هنا
وثانيا نقول بعد ان دليل الدليل على عدم فساد العقد بفساده خاص كالملازم المستقل عن العقد
بالنسبة الى الحكم الزوجية فتأمل ومنها على فرض تسليم كونه من المعاوضة نقول انه خرج بالدليل
والا مقتضى القاعدة البطلان ومنها ان المهر ثبت له بدل مع بطلانه وهو مهر المثل على خلاف القاعدة
بخلاف المقام وعلى كل حال فلو ظهر في العوض عيب فله الفسخ من دون بطلان لقاعدة نفي الضرر
وهل له التخيير بينه وبين الارش اولا الاقرب الثاني لاختصاص دليل الارش بالبيع فلا يتعدى
الى غيره وكذلك كل ما ثبت بدليل خاص من خيار المجلس والحيوان ونحو ما ثبت بالادلة
العامة كالغبن الذي لا يختص دليله بالبيع يجري في الصلح ايضا وغيره من المعاوضات وهو ظاهر
في التعدي وعدمه ثم لا يخفى ان الاصحاب ذكروا بعض الاحكام في البيع واختلفوا في ثبوته في الصلح

منها

منها اشتراط المعلومية في البيع واختلفوا في اشتراطه فيما نحن فيه وعدمه وقد علم مما ذكرنا آنفا
الحق فيها بانه ان كان دليل اشتراط المعلومية في البيع هو قوله نهى عن بيع الغرر فيكون
مختصا به ولا يتعدى الى غيره الا اذا ثبت تنقيح المناط وان كان الدليل هو خبر آخر من انه نهى
عن بيع الغرر مطلقا من دون ذكر البيع فقد يتعدى منه الى غيره كما لا يخفى وقد مضى تفصيل الكلام
في اول هذا الباب فلا نعيد ومنها الربا فاختلفوا في انه هل يجري في الصلح كما يجري في البيع و
الدين اولا على قولين الاول انه لا يجري الربا في الصلح فيجوز ان يصالح على عشرة دراهم او
دنانير باثني عشر درهما او دينارا وهو مختار الحلي هنا والقواعد في باب الربا
كما هو المحكي عنه وحكاه جماعة عن ابن ادريس الثاني انه يجري في الصلح وفي غيره من المعاوضات
كالبيع من دون فرق من هذه الجهة بينهما وهو الاكثر كما هو المحكي عن الايضاح ومع
دين وجامع المقاصد والمسالك وغيره ومجمع الفائدة والرياض وقد حكي عن كره والقواعد وفخ
والكفاية التوقف في المسألة وكيف كان استدل للقول الاول باصالة الاباحة وعمومات اوفوا
بالعقود والمؤمنون عند شروطهم والا ان تكون تجارة عن تراض والناس مسلطون على
اموالهم وباطلاقات الصلح من قوله الصلح جائز بين المسلمين الا ما حرم حلالا او حلل حراما
وغيره للسعة اخبار الباب واما للقول الثاني فوجوه منها ان الربا لغة هو الزيادة مطلقا
واختصاصه بمادة البيع مما لا وجه له لعدم ثبوت الحقيقة الشرعية ولا العرفية نعم استدل
فيه الاكثر وهو لا يوجب الانصراف فتأمل ومنها ان العلة في تحريم الربا وهي عدم تعطل المعاش
وهي موجودة في غير البيع ايضا فيكون حراما مطلقا وفيه نظر واضح فتأمل ومنها ان الادلة الدالة على
حرمة الربا مطلقا كقوله حرم الربا فتثبت في كل معاوضة وفيه انه على فرض تسليم الاطلاق
المزبور فهو معارض بالاطلاقات الدالة على جواز الصلح نحو قوله الصلح جائز بين المسلمين والتعارض
هنا من قبيل تعارض العموم من وجه كما لا يخفى ولا ترجيح فيجوز التمسك بتلك الاطلاقات على
المنع من الربا في غير البيع فيكون الاصل المزبور سليما عن المعارض بل فيه يوجه اطلاق دليل جواز
الصلح باعتبار اعتضاده بالاصول الكثيرة وباقتضاء حكمة مشروعيته وهو سهولة الامر على

على المكلفين في المعاملات وخلو الاخبار عن التصريح بالمنع من الربا فليتأمل في المقام
من مزال الاقدام وعلى كل حال فلا اشكال في انه يصح الصلح على عين بعين او منفعة على منفعة
بعين او منفعة لعموم الاخبار والادلة على مشروعيته وفي عينه ولظهور الاتفاق عليه
كما يستفاد من كثير من الكتب المعتبرة ولان الصلح بافادته فائدة البيع صح على العين وبافادته فائدة
الاجارة صح على المنفعة وهذا مما لا كلام فيه انما الكلام في صحة الصلح على الحقوق سواء كان الحق
هو العوض فقط والمعوض اما عينا او منفعة او كان المعوض هو الحق او كان العوض والمعوض
كليهما حقا فنقول ان كلمات الاصحاب في هذا المقام مضطربة ولا بد لنا من تنقيح الكلام في هذا
المقام فنقول لما كانت الحقوق على اقسام منها ما هي غير قابلة للنقل ولا الاسقاط كحق الابوة والبنوة و
الحضانة وحق القذف وغير ذلك من الحقوق الغير المالية ومنها ما هو قابل للنقل باحد النواقل الشرعية
وغير قابل للاسقاط كحق التحجير الذي هو من الحقوق المالية مثلا ومنها ما هو قابل للاسقاط كحق
الخيار والشفعة والارش وغيرها من الحقوق التي تتعلق بالمال لا ان نفسها مال اذا
عرفت ذلك فاعلم انه ان كان الحق الذي وقع عليه الصلح معلوما من اي قسم من هذه الاقسام فلا
اشكال اذ لو كان من غير المال فلا يصح الصلح عليه لعدم كونه قابلا للنقل والاسقاط وان كان
من المال فيصح الصلح عليه بمعنى كونه ناقلا وان كان مما يتعلق بالمال فيصح بمعنى كونه مسقطا
للحق واما ان كان مجهولا بحيث لم يعلم انه مما يقبل النقل والاسقاط او لا ففيه خلاف واشكال و
منشأ الخلاف في انه هل يشترط في الصلح على الحقوق العلم بانها قابلة او غير قابلة اولا فظاهر
بعضهم الاشتراط فلو كان مجهولا لا يصح الصلح عليه نظرا الى الشك في كونه قابلا او غير قابل شك
في انه محلل او لا فيكون دخوله تحت عموم قوله الصلح جائز بين المسلمين الا ما حرم حلالا
او حلل حراما مشكوكا وكون هذا الخبر مجملا بالنسبة اليه فلا يصح مقتضى للصحة فيكون فاسدا
مط وظاهر بعض آخر كالشيخ الكبير اعلى الله مقامه في جواهره عدم اشتراط العلم مط بحسب قصد المصالح
ان قصد نقلا فينتقل وان قصد الاسقاط فيسقط نظرا الى عمومات الصلح ومن بعض آخر الحاق المشكوك
بالحقوق الاسقاطية لا النقلية نظرا الى ان الظ والغالب في كثير من الحقوق صحة الصلح لاسقاطها

لا نقلها

لا نقلها فالظ الحاق الشيء بالاعم الاغلب واوسط الاقوال اوسطها لاصالة عدم اشتراط العلم
فيكون مقتضى القاعدة العمل بالعمومات والحكم بصحة الصلح حتى يثبت انه غير قابل للنقل او الانتقال
فتلخص مما ذكرنا ان الحقوق على اقسام ثلثة اما الحق الغير المالي الذي لا يتعلق بالمال
فلا يجوز الصلح عليه لعدم كونه قابلا للنقل ولا الاسقاط ونحو ذلك ان الحق الغير المالي حكم شرعي
لمصلحة خاصة للعباد ولا ريب ان الحكم التكليفي ليس قابلا للنقل والانتقال ولا الاسقاط واما الحق
الغير المالي كحق الشفعة والخيار مثلا فانهما ليسا مالا ولكن يتعلقان بالمال كما لا يخفى
ولا ريب ان ظاهر الاصحاب ان مثل هذه الحقوق قابل للاسقاط ولكن غير قابل للنقل والانتقال
لما يستفاد من ادلتها اختصاص مثل هذه الحقوق اقول ان كان مرادهم انها غير قابلة للنقل
والانتقال بالذات ففيه ان مثل هذه الحقوق فتنتقل بالارث فلو لم تكن قابلة لها بالذات
فكيف تنتقل بالسبب القهري فهذا يكشف عن قابليتها للنقل وان كان مرادهم عدم انتقالها
لا تنتقل باحد النواقل الاختيارية فله وجه وان كان يمكن ان يجاب عن النقض بالارث ان لا
يمنع الانتقال الى الغير الحقوق بل المنتقل هو متعلقها وهو المال وثانيا على فرض التسليم نقول انه
خرج بالدليل على خلاف القاعدة ولكن لا يخفى فيهما من تعسف وكيف كان يصح الصلح على هذه
بمعنى اسقاطها لا نقلها واما حق ملاك كحق التحجير والاولوية فلا ريب انه يجوز نقله باحد الاسباب
النقلية فيصح ولكن لا يجوز اسقاطها لا زال مختصه به ونقول اسقطت لا يزول الملاك عن ملكه
الا اذا قصد الاعراض عنها ولا ريب ان مسألة الاعراض غير مسألة الاسقاط والحاصل انه
يصح الصلح عن الحق المالي بمعنى النقل لا بمعنى الاسقاط وما في من ان كل الحقوق قابلة للنقل لدليل
الناس مسلطون على اموالهم ضعيف جدا فتامل وبما ذكرنا ظهر الفرق بين الاسقاط والعفو
لو ان الاسقاط يستلزم سقوط اصل المقتضى بخلاف العفو فانه لا يستلزم انتفاء اصل الاثر الاستحقاق
بمعنى ان مقتضى استحقاق العقوبة موجود فيه وكيف كان لو صالح على دراهم بدنانير او بالعكس
صح ولم يكن فرعا للبيع ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف من قبض المجلس على الاشبه باصول المذهب

لا منافاة لكون الحجر الحق الاولوية
او غير مالي والثاني اما ان لا يتعلق
بالمال اي لا يصح ان يجعل عوضا
كحق الابوة والاخوة والخيار
الاسلام او غير ذلك او يتعلق
بالمال كحق الخيار والشفعة
والقصاص وغير ذلك
من الحقوق لا اختصاصه الى
الانتقال والنقل ولكن تقبل
الاسقاط بمقابل العوض

وقواعده وكذا لو قام مقام بيع السلم لا يعتبر قبض العوض في المجلس لاختصاص ادلتها بالبيع فلا
يجري في غيره الا على القول بفرعية الصلح للبيع وعلى كل حال لو اتلف رجل على رجل ثوبا قيمته درهم
فصالحه عنه بدرهمين او اقل او اكثر هل هو صحيح او لا يختار المصنف الاول حيث قال يصح على الاشبه
باصول المذهب والقواعد وفي الجواهر انه الاشهر بل في الدروس وسواد المسالك لو صالح على الثوب
او على الدرهم الذي لم يثبت في الذمة فلا يكون ربا اتفاقا ومنشأ الخلاف كما ذكره المسالك في ذلك هو
ان تلف الشيء كالثوب والعبد ونحوهما من القيميات هل موجب لضمان مثله الحقيقي او لا ثم لتعذر
المثل انتقل الى القيمة او موجب لضمان القيمة ابتداء واشتغل الذمة بها اصلا سواء امكن المثل
اولا كما هو المشهور في القيميات فعلى الاول يكون الصلح المزبور صحيحا لان ما في الذمة نفس الثوب والصلح
انما يكون عنه فلا يلزم الرباء كما لا يخفى واما على الثاني لا يصح لان ما في الذمة انما هو الدرهم
فالصلح انما يكون عنه بدرهمين وهو رباء محرم فيكون الصلح فاسدا وفيه منع كون منشأ الخلاف
هو ذلك اما اولا فلانه لو كان مبنى الخلاف هو المذكور فلا بد ان يقول المسالك في هذه المسئلة
بعدم الصحة لان المسالك على ان ضمان الشيء انما هو بالقيمة لا المثل مع ان المسالك في هذه المسئلة بالصحة
فينكشف ذلك عن عدم ابتناء الخلاف على ما ذكر وثانيا منع لزوم الرباء في صورة ما لو كانت الذمة
مشغولة بالقيمة وذلك لان ما ثبت في الذمة غير متعين في خصوص الدرهم حتى يلزم الرباء بل حين
الاداء متعين مقداره لان قيمة الثوب المفروض كما يكون درهما كذلك يكون ربع دينار او
اقل او ازيد من جنس الذهب لان قيمة الشيء عبارة عما يعادله او دينارا وغيره من جنس اخر ولا بد
انه لا بد في قيمة المتلفات من اعتبارها من جنس الدراهم والفضة فاذا وقع الصلح هنا بدرهمين
لا يلزم ان يكون مقابلها درهما واحدا فلعل المقابل من جنس الدينار وبالجملة ما وقع الصلح عليه
هنا نفس قيمة الثوب ولكنها لا يتعين كونها عبارة عن درهم واحد وكونها احد الافراد لا يستلزم
الزيادة في محل البحث نعم لو فرض انحصار النقد الغالب بالدرهم او الدينار هنا لا يتعين فيلزم
الرباء ح والحاصل ان القائل بالصحة هنا ليس لقولهم ان الشيء بعينه مثله الذي يجب اداؤه بل لعله

ان

ان منتفى في عهدته البدل ما احدث وقواهم ان تلف كون ذمته مشغولة بالمثل اولا لكن الشارع جعل
القيمة بمنزلة الفرد له بحيث يكون مطهرا للاداء سواء امكن المثل اولا كما امرنا بالطهارة بكون كل فرد
مطهرا للاداء فكل هنا جعل الشارع القيمة بمنزلة الثوب اي كما انه يحصل الامتثال بدفع المثل اي
اي ثوب اخر عوضا عن الثوب التالف فكذلك يحصل الامتثال بدفع قيمته فح تكون القيمة
الصلح في الحقيقة عن الثوب لان في الذمة وان كان الواجب دفع القيمة في مقام الاداء لكونه عوضا
شرعيا وليس هذا الا كما بان يكون الشيء بعينه مثله الذي يجب اداؤه اولا كما لا يخفى فتأمل ولو ادعى
دارا فانكر من هي في يده ثم صالح المنكر على اسقاط دعواه على سكنى سنة مثلا صح بلا خلاف
ولا اشكال عنده كما في الجواهر لان الصور المتصورة في هذا المقام كثيرة لان كل واحد من
المدعي والمنكر اما ان يكونا مصرحين في الدعوى والانكار اولا بل اقر كل واحد منهما الخ اما القسم
الاول فله صور ايضا احدها هو ان المنكر الذي كان الدار بيده وملكه بحسب ظاهر الشرع صالح المدعي
في اسقاط دعواه على منفعة سكنى سنة بحيث يكون سكنى السنة عوضا عن سقوط الدعوى ولا ريب ولا
اشكال في صحة هذا الصلح انما الاشكال في ان مثل هذا الصلح معاوضة من الطرفين او لا بل هو عادية
كما قال الشهيد في ذلك والحق هو الاول لان السكنى عوض عن دعواه فلا يكون عادية وما قاله الشهيد
مما لا وجه له في مفتاح الكرامة اسند الاصول الى الشيخ حيث قال وقد سهى في ذلك العلامة الخ
هنا ظهر انه لازم لا جائز وثانيها هو ان المنكر صالح على اسقاط دعواه على بعض العين ولا ريب
ايضا في صحته وكونه فائدة تاما حينئذ كما لا يخفى وثالثها هو انه صالحه عن اسقاط دعواه باعطاء
جميع العين وفي صحة هذا الصلح ومنشأه اشكال وقال مشيخنا الاستاد ولم يجد له الاقوى فساد
هذا الصلح لان اعطاء هذه العين المدعي يرتفع موضوع الدعوى راسا فلا يبقى محل للصلح كما لا يخفى
ضرورة ان العين ملك المنكر بحسب ظاهر الشرع ولم ينتقل الى المدعي باحد النواقل الشرعية وبعد القول
بان الجميع مال لا بأس بها المدعي لم يبق مورد للدعوى حتى اسقطها بالصلح ومن هنا ظهر وجه جواز
تصرف المدعي في العين ضرورة ان حكمه حكم الغصب في يده لعدم كونه ذلك الا التصرف بطيب نفس المنكر

فترد اليه بما هو ان بقي المنكر صالحه بسكنى الدار سنة فصالحه المدعي فيكون سكناه عوضا عن جحود المنكر
وهذا هو الذي حكم بصحته في تب ومفتاح الكرامة ولكني في فيه تأمل في صحته ووجهه واضح بادنى التفات
اما القسم الثاني فهو على قسمين ايضا احدهما ان اقر المنكر بان الدار لك ايها المدعي ولكن صالحني
بسكنى سنة فيها فصالحه المدعي جزما لاقراره صح بناء على عدم اشتراط العوض في صحته فيكون مفاده
العارية ح ولكنه لازم لما قلنا في اول المبحث من كونه عقلا مستقلا براسه وليس شرطا على غيره وان
افاد مفاد الغير على ان الصلح هنا يقتضي ملك المنفعة لا اباحتها حتى يكون عارية وثانيهما ان يكون المقر
هو المدعي فان اقر بان العين ملك لمن في يده ولكنه استدعى منه بصالحه سكنى سنة فصالحه المنكر بما
ذكر اقراره وهذا بعينه كالقسم الاول من هذين القسمين في الصحة ويكون مفاده مفاد العارية
ان باقراره يكون العين ومنافعه ملكا للمنكر فان صالحه بسكنى سنة فكانه اعطاه المنفعة بدون العوض
وعبارة المصنف محتمل لكلا هذين القسمين لانه قال وكذا لو اقر له بالدار ثم صالح واحتماله لهما
واضح وقيل والقائل الشافعي من العامة والشيخ من الخاصة له الرجوع لانه هنا فرع العارية اذ هو
منفعة بلا عوض وقد عرفت سابقا ان الاول الاشبه باصول المذهب وقواعده مع ان افادة عقد
مفاد اخر لا يقتضي لحوق احكامه على ان الصلح هنا يقتضي ملك المنفعة لا اباحتها كما لا يخفى والفرق بينهما
واضح ثم بقي هنا فرع يناسب ذكره في المقام وهو ان الصلح هل هو من العقود ويحتاج الى القبول او لا
بل يجري بمجرى الايقاع كما اذا وقع مورد الابراء مثلا وان الظاهر من كلمات الاصحاب هو الاول لا تفاقهم على
عدم وروده موقع الايقاعات كالطلاق والعتق ونحو ذلك ولان مادة الصلح قاضية على كونه من
العقود ضرورة ان معنى المصالحة هو التسالم والتراضي من الطرفين وليس هذا الا معنى العقد لان العقد
كما ذكرنا سابقا هو البناء والتعاهد على شيء وهذا يستلزم الرضا من الطرفين كما لا يخفى فعلى هذا لو وقع
الصلح مورد الابراء من القبول وان كان الابراء الغير الصلحي على الخلاف فيه فانه يحتاج الى القبول او لا
ثم هل يختص الصلح بالعقود المحضة او لا بل يجري في سائر العقود الاذنية كالمضاربة والوكالة والجعالة
ونحوها مقتضى ما قلنا عدم الاختصاص ولكن ظاهر الاصحاب الاتفاق على الاختصاص في المحضة وعدم

الثوب

الى غيرها وذكر بعضهم لزم ستادا وهو انه لو تعدى الى غير المحضة من العقود الاذنية لزم الاشتراك
ان معنى الصلح في مورد العقود الاذنية هو الاسقاط وفي المحضة يكون بمعنى التمليك فيلزم الاشتراك
وهو خلاف الاصل وفيه نظر على تقدير انحصاره في المحضة ايضا يلزم الاشتراك ضرورة انه في
مقام البيع والاجارة والهبة يكون مفيد الملك اما في مورد الابراء يكون للاسقاط وكذلك
العارية على القول بانها تفيد الاباحة لا الملك وكذلك الصلح على الحقوق فليس معناه الا الاسقاط
كما عرفت فيلزم الاشتراك ايضا اللهم الا ان يدعى بانا وضعناه لكل فرد هذه المحضة ادعاء وفيه تأمل
ايضا وكيف كان اذا عرفت ذلك فاعلم انهم اختلفوا في صحة الصلح الذي وقع موقع الابراء وكذا في الصلح
الذي قام مقام الهبة كما لو قال صالحتك عن هذا الدار فيقول الاخر قبلت ومقام العارية كما لو
صالحتك عن منفعة هذه الدار سنة مثلا فيقول الاخر قبلت على اقوال ومنشأ الخلاف في انه هل
يشترط في صحة الصلح التعاوض حقيقة او صورة اولا بل لو كان خاليا عن ذكر العوض راسا لكان صحيحا
ايضا ذهب جماعة الى الاول اي لو كان خاليا عن المعاوض الحقيقي لكان باطلا حيث قال ان من
والصالح به وفي موضع اخر من كره انه معاوضة اجماعا ولقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة عن تراض بناء على ارادة المعاوضة من التجارة ولا ريب ان ظاهرها
ارادة المعاوضة التعاوض الحقيقي وظهر من بعض المتأخرين عدم الاشتراط والصحة مطلقا وان كان خاليا
عن العوض راسا نظرا الى عمومات الباب الدالة على صحة الصلح مطلقا والمحكي عن جامع المقاصد كما سمعت
عن شيخنا الاستاد ولم يظهر هو القول بالتفصيل بين ما اذا كان خاليا عن العوض راسا وما اذا كان
موجودا ولو صوريا فيبطل في الاول ويصح في الثاني نظرا الى الجمع بين ادلة الباب واجماع المدعي في
كره ان الاول مقتضى الاصول والقواعد هو عدم الاشتراط فيصح مطلقا وما ذكره من الاجماع ففيه اولا
منع الاجماع وثانيا انه منقوض باجماع اخر وهو انهم اتفقوا على صحة الصلح من الحق على بعضه مع انه
ليس من العوض الحقيقي كما لا يخفى فانه ليس فيه عوضان واعجب من هذا ما اختاره صاحب مع صدق
من الاكتفاء بالعوض الصوري لعدم الدليل عليه اولا ولعدم تصور الصوري فيما لو اقر المنكر بان

ما في يده للمدعي فانه ليس غير عوضا لا حقيقيا ولا صوريا كما لا يخفى والمراد بالصورية انه عند
عدم لا بد فيه من حضوره مصالح عنه ومصالح به وبالجملة فتحقيقه موقوف ان لم يكن اجماع على خلافه
فتدبر في المقام جيدا او كيف كان فالوارد عن اثنان مثلا وادا مثلا في يد ثالث مثلا متفقين على التصديق
بان الدار ملكهما بسبب موجب للشركة بينهما كالميراث بان يقولا ورثناها من ابينا فصدق المدعى
عليه احدهما دون الاخر كانت للمشترك بينهما ولا يختص بها المقر له لما عرفت من اتفاقهما على اتحاد
السبب بالنسبة اليهما على وجه يمتنع استحقاق احدهما دون الاخر ومن عدم الفرق بين الكل والبعض
في الشركة بعد فرض اتحاد السبب الذي لا فرق في اقتضاء الشركة بينهما مع فرض اقرار المثبت بان
الاول ليس له كاختص من مخلفات الميت باتفاقهما ولا معارض لهما فيشتركان بعينه فيه وحينئذ
ذي اليد له باحدهما عنه بعد اتفاقهما بينهما على مقتضى الشركة في المقر به وانما نفع اقراره في
حق فقط وحينئذ فاذا صالحه على ذلك النصف الذي اقر له به بعوض فان كان باذن صاحبه ولو اجازة
صح الصلح في النصف اجمع وكان العوض مشتركا بينهما فان كان بغير اذن صاحبه صح في حصته وهو الربع
خاصة وبطل في حصة الشريك وهو الربع الاخر هذا تقرير ما ذهب اليه المصنف وجماعة اولا وتنقيح الكلام
يقتضي بسط في المقام فنقول الاقسام المتصورة في المقام اربعة احدها في اثنان وادعيا مثلا من دون
اعتراف احد منهما بشركة الاخر وثانيها ان يدعيا مع الاعتراف بالشركة بسبب واحد موجب لها
وثالثها هو الثاني ولكن ذكر كل منهما سببا غير سبب الاخر كالو قال احدهما النصف بالارث والاخر
بالشراء ورابعها ان يعترفا بالشركة مطلقا من دون ذكر السبب اصلا لا متحدا ولا متعددا فاعرف
ذلك فاعلم انه لا اشكال في القسم الاول من حيث الحكم ضرورة انه لو وقع الصلح على المقر به فيكون العوض
مختصا بالمقر له من دون شركة كما لا يخفى وجهه ولا كلام فيه لانما الكلام في القسم الثاني من هذه الاقسام
التي فيها لو اعترفا بالشركة ولكن بسبب واحد موجب لها كالارث مثلا ولا يخفى ان هذا القسم ايضا
بحسب عنوان الصلح او ما يتعلق به الصلح يتصور على وجوه بعضها لا يكون داخلا في محل الخلاف قطعا وبعضها
داخل فيه وبعضها محتمل وهي اربعة احدها هو ما لو وقع الصلح على حصة المقر له كالو قال صالحتك حصتي

حزهذه

من هذه الدار مثلا وكذا مثلا والظاهر من كلمات الاصحاب وفتاويهم ان هذا من محل الخلاف
في ان الصلح نافذ في حق المقر له بالنسبة الى جميع النصف ويختص تمام العوض به من دون شركة كما لا يخفى
على المتتبع في كلمات الاصحاب وثانيها ما لو كان وقع الصلح على الشائع بان يقول المقر له صالحتك
الذي كان مشتركا بيني وبين صاحبي مثلا وهذا القسم ايضا مما لا خلاف فيه في ان الحكم كما ذكره المصنف
اللتين من انه ان كان باذن صاحبه صح وكان العوض بينهما والا صح بالنسبة الى الربع وبطل بالنسبة
الى الربع الاخر وثالثها ان يكون متعلق الصلح هو النصف الذي اقر به كالو قال صالحتك بنصف الذي
اقررت به من دون تصريح بالحصة ولا الاشاعة واعلم ان ظاهر بعض كلمات الاصحاب ان هذا القسم
داخل في النزاع حيث ذهب الاكثر ومنهم المصنف هنا الى ان الاقرار ينزل على الاشاعة فيجري فيه حكمها الذي ذكره
المصنف في المتن وتردد الشهيد الاول في انه هل ينزل على الاشاعة واشتراكه في العوض او ينصرف الى
القسم الاول والى الاستحقاق فيكون العوض مختصا بالمقر له وجزم المحقق الثاني بان المقر له ينصرف الى الحصة
التي استحقها في الواقع من دون ان يذكر فيها حيث قال ولقائل ان يقول لا فرق بين تغاير السبب واتحاده
في عدم الشركة لان الصلح انما هو على استحقاق المقر له وهو امر كلي يمكن نقله عن مالكه الى الاخر ولهذا لو باع
احد الورثة حصته من الارث صح ولم يتوقف على رضا الباقين ثم ذكر جوابا وسؤالا حيث قال فان
اجيب بان المقر الاستحقاق الاخر جزء النصف كالثالث فيجب ان يكون منهما لامتناع تلف حصة احدهما
دون الاخر قلنا فاذا تغاير السبب يجب ان يكون كذلك مع اعتراف المقر له بالشركة انتهى موضع الحاجة
ولا بد لنا من توضيح كلامه حتى يظهر وجه استدلاله على المطلوب فنقول ان مراده من قوله ان الصلح
انما هو على استحقاق المقر له وهو امر كلي هو ان المقر مستحق في الواقع نصفا كليا من هذه العين الذي هو
مردد بين النصف المدفوع والنصف الاخر الذي كان بيد المثبت ولا ريب ان الشركة لا تقتضي خروج
الكلي كما هو واضح فيكون النصف الكلي مختصا به فاذا وقع عقد على هذا النصف من هذا
فيعلم ان مراده ان النصف الكلي المختص به ينحصر في الحصة المستحقة لها في الواقع ومنها بالاضافة الى
السبب فيما لو كان السبب متغايرا كالو قال صالحتك على النصف الذي ملكته بالارث او الشراء

او بغير ذلك من الاسباب ولا ريب انه يستحق النصف ويحصل الثمن من دون الشركة فكما ان الاضافة
الى السبب موجب لرفع الشركة وحصول الثمن والاختصاص فكذلك لو اقر له بالوصف العنواني
اي كونه مما اقر به ايضا موجبا لرفع الشركة ويحصل الثمن وبعبارة اخرى ان اقرار المقر له يوجب التعيين
وهذا هو الادنى فولاه ولا فرق بين تغاير السبب وبين كونه مقتضيا للتشريك في عدم الشركة
ثم ورابعها ان يكون عنوان الصلح ومتعلقه هو مطلق النصف من دون تقييد باحد القيود الثلثة
السابقة كالو قال صالحتك عن نصف الدار مثلا وهذا هو الذي اختلف فيه الاصحاب ايضا انه هل يلحق
بالقسم الاول ويكون تمام العوض مختصا بالمقر له او يحمل على المقر به فيكون بينهما على تقدير الاذن
وصحته بالنسبة الى الربع اصالة بالنسبة على تقدير عدمه فنقول ذهب الاكثر كما هو الاشهر
الى ان صورة الاطلاق ملحق بالمقر به اي سبيله كسبيل ما لو وقع الصلح على المقر به والمخالف هنا هو الشهيد
لكن حيث فرق في ما لو وقع الصلح على المقر به وبين ما لو اطلق او قيد بقوله نصفي فقال انه حكم في الاول
كما ذكر المصنف والجماعة وفي الثاني ينصرف الى الحصة من دون شركة في البين حيث استشكل في الحكم الذي ذكره
المصنف وملخص كلامه انه قال سبيل الصلح في المقام كسبيل البيع والاقرار فكما ان البيع لو وقع في مال
الشركة ينصرف في صورة الاطلاق الى الحصة خاصة فكذلك هنا ينصرف الصلح الى حصة المقر له خاصة
فيصح الصلح في جميع الحصة بجميع العوض ويبقى المنازعة بين الاخر والمثبت ثم قال ولو قلنا بقول الجماعة وهو
المصنف انما يتوجه لو وقع الصلح على النصف الذي اقر به المثبت وهو القسم الثالث الذي ذكرناه
آنفا اما في صورة الاطلاق فلا اصل لا لما ذكرنا من ان الاقرار منزل على الاشاعة والصلح وقع على
المقر به فيكون تابعا له فيهما ثم قال وعلى هذا ينبغي حمل كلام الاصحاب لئلا ينافي القاعدة التي
ذكرناها من ان الاقرار حال الاطلاق ينصرف الى نصيب المقر له انتهى ملخص كلامه ولا يخفى انه اظهر من المحقق الثاني بعد
التامل التام في كلامه انه قال بالتفصيل بين ما اذا وقع الصلح ملفوظا صالحتك نصفي او صالحتك النصف
المقر به وبين ما اذا وقع على النصف المقر به فقال بعدم الشركة في الاول وبالشركة في الثاني
فتامل جيدا وحكي عن بعض العامة قولا اخر في المسألة من التفصيل بين ما اذا وقع عينا او دينا فخص

ثالث

وبين ما لم يقبضا فحكم بالشركة في الثاني دون الاول معللا بان التركة اذا حصلت في يد الورثة
صار كل منهما قابضا لحقه وانقطع حقه عما في يد الاخر بخلاف ما لو لم يقبضا ولهذا يجوز ان يطرء
الغصب على نصيب احدهما خاصة فالمغصوب لا يكون مشتركا بينهما هذا تمام ما حصل لي من
كلماتهم في المقام ولكن الحق والتحقيق فيما لو وقع الصلح على المقر به هو ما ذهب اليه الاكثر من ان الاقرار
لا بقيد التعيين والتشخيص منزل على الاشاعة فيجري فيه حكمها كما ذكره المصنف وجماعة واما ما ذكره
صاحب ان الاقرار بقيد التعيين والتشخيص كما ان الاضافة الى السبب فيما لو تغاير السبب يكون
معينا فيقيد او لا منع ذلك ان تغاير السببين بالحكم فيها اتم الاشتراك كما سيجيء وثانيا على فرض التسليم
نقول لا فرق بين ما نحن فيه وبين ما لو تغاير السبب ضرورة انه لا اضافة الى السبب في مسألة تغاير
السببين لا يحتمل الشركة اصلا او لا ريب ان الاقرار لاحدهما لا يقتضي مشاركة الاخر اياه
بخلاف ما نحن فيه فان المفروض ان السبب الواحد موجب للشركة واقرار المقر ايضا لا يوجب الاختصاص
ورفع الاشتراك بناء ذلك ان الاقرار ينحل الى امرين احدهما هو دفع يد المقر عن النصف الكلي بمعنى ان
المقر قائل بنفس اقراره ان هذا النصف ليس لي وثانيهما هو ان هذا النصف انما يكون للمقر له
لا لشريكه فالاول اقرار بالنسبة الى نفسه والثاني بالنسبة الى حق الغير ولا ريب ان التحقيق في محله
ان الاقرار حجة بالنسبة الى نفسه وغير حجة بالنسبة الى حق الغير كما هو المستفاد من قولهم اقرار
العقلاء على انفسهم جائز فاذا كان كذلك فاقراره بالنسبة الى الثاني ليس حجة فاذا لم يكن حجة
لم يفد التعيين والتشخيص كما لا يخفى فيكون النصف المأخوذ مشتركا بين الشريكين باعترافهما
على ذلك فيكون العوض ايضا بينهما ولهذا لو ادعى انه كان المقر لاستحقاق الاخر جزء النصف كالتالف
فيكون النصف الاخر مشتركا بينهما من هذه الجهة ايضا ولا منع الصغرى ضرورة انا نعلم موجود
في الخارج في يد المثبت ولا يصدق عليه التلف وثانيا منع الكبرى كلية اي منع ان كل تلف في مال
المشترك يكون الذهاب منهما وما يبقى بينهما اذ يجوز ان يطرء الغصب على نصيب احدهما خاصة دون
الاخر ولا يلزم الاشتراك في الباقي كما حققناه في باب الغصب ومن هنا ظهر ضعف ما ذكره الشهيد

مع

في ذلك من التفصيل الذي ذكرناه ضرورة ان انحلاف صورة الاطلاق المقر به اولى بالنسبة من
بالحصة لكون الظاهر منه صورة القرينة كما لا يخفى واما ما استند اليه من انه كالبيع ح فكما انه
ينصرف الى الحصة فكذا هنا ففيه اولا انه فرق بين البيع وما نحن فيه ضرورة ان الظاهر في البيع
انما هو البيع عن قصد ومقصد ولا اقل من انصرافه اليه لعدم صدور البيع مما ثبت بالاقرار ولم يقصد بجزء
قاعد ثم هنا بحاله واما فيما نحن فيه فيبقى على ظهور النصف المقر به في الاشاعة وثانيا نقول في البيع
انه يحتمل الاشاعة فيكون للاختصاص ولا يحتمل الشركة فيه انه يجد لو قلنا بان اضافة النصف
النصف الى المتكلم اضافة حقيقية حيث يكون الاولى الذي يستحق المتكلم من هذا العين في الواقع
وهو لا يقبل التشريك واما ان قلنا بانه يكفي في الاضافة ادنى ملابسة فلا يتم المطلوب ح
ح او هو لا ينافي مع الاشاعة ايضا كما لا يخفى ثم جميع هذا كله فيما لو كان التنازع عينا اما لو كان
في ذمة شخص وادعاه اثنان بسبب موجب للشركة كالارث فصدق المدعى عليه احدهما بنصف الدين
وكذب الاخر فصالحه عنه لذلك البعض المقر به احتمل حكم العين اي يكون العوض مشتركا بينهما
اولا بل يختص العوض بالمقر له لظهور من ذلك وبعض اخر الثاني في ذمته والصلح لم يقع على عين خاصة لان
الذاهب لا يخرج عن كونه حقا لهما بل يكون حصته ثابتا في ذمته والصلح لم يقع على عين خاصة حتى تشركا
في عوضها الثاني وفرع العين والدين مما فرضنا اشتراكهما وحصر فيهما باعتراضهما بل الاشتراك في
العين اظهر على القول بعدم جواز قسمة الدين كما عليه الاكثر فح لو دفع المديون الى احدهما شيئا
فاي الاعيان هذا قد … فيتبع القبض بعد حصة الثاني موقوف على الاجازة فان اجاز
الشريك اخذ حصته منه وان لم يجز كان الشريك مخيرا بين الرجوع الى الشريك او الى المديون وكذا لو
صالح على هذا النصف الدين الذي اقر به فيكون نافذا بالنسبة الى الربع وبالنسبة الى الثاني
موقوفا على الاجازة بمقتضى … بالشركة فتامل فرع وهو انه لو حكم الحاكم على الشريك الذي كذب
المقر بعد استحقاقه قبل الاجابة ويجوز له الاخذ منه ودفعه الى الشريك الاخر او لا يجوز له
بناء على ان حصته من … فلا يجوز له الاخذ متصل بين ما لو كان النصف من جانبه كما
لو

حيث قال والظاهر الاختصاص ح

مع

كما لو رد اليمين مثلا فحكم الحاكم عليه فيسقط حقه ح وبين ما لو لم يكن النصف من جانبه فلا يسقط
ويجوز له الاخذ وجوه واحتمالات والامر في ذلك مشكل جدا الا ان الاول لا يخلو من قوة ثم
وكيف كان هذا كله فيما اذا كان دعواهما بسبب متحد موجب للشركة واما لو ادعى كل منهما النصف
من غير سبب موجب للشركة كما لو قال احدهما النصف بالارث وقال الاخر بالشراء لم يشتركا
فيما اقر به لاحدهما كما لو قال احدهما لتغاير السبب فلا يستلزم الاقرار لاحدهما بالبيع عند مشاركة
الاخر وانما الاشتراك قد جاء من جهة الاشاعة والحاصل انه لا مقتضى لها حتى يحمل عليها
ومثله في الاختصاص مع سكوتهما عن سبب الملك او ادعائهما الشراء من غير تقييد اما لو قالا
اشتريناها معا او اتهبناها معا ونحو ذلك فهي ملحقة بالارث خلاف من ذكرنا انه الاقرب انه كما
لا وارث لاشتراك السبب المقتضي لتملكهما وهو احد قولي الشافعية والثاني انهما لا يشتركان في
المقر به لان البيع من اثنين بمنزلة الصفقتين فكانا كما لو ملكا بعقدين هذا حاصل ما في الجامع
اقول الاقوى عندي عدم الفرق بين ما اذا اتحد السبب وبين ما اذا تغاير في افادة كل منهما
الشركة وان كان موجب الشركة في كل منهما شيء غير الاخر ومن ان هذا لا يستلزم ارتفاع
اصل الشركة وما بما في وجود الفرق بينهما ما في فيما اذا اتحد السبب لعبوده فيه احتمال بخلاف
لو تعدد فيه السبب فان احتمال الاختصاص احدهما على الاخر من بيع حصة من المشتبه او هبته
ونحو ذلك ولذلك بتساوي المقر له فاسد ضرورة ان المفروض في المقام اقرار المقر له بالتشريك وهو
كان في مشاركة الاخر مع انه احتمال للاختصاص في متحد السبب قائم ايضا على ما مر منا قبل في …
وبالجملة فالذي يظهر لي عدم الفرق بين متحد السبب ومتعدده صغايرة في المشاركة مع اقرار المقر
له هذا كله مع اقرار المقر له بالمشاركة واما مع عدمه فلا يختص به المقر له حتى في متحد السبب كما لو قال
ورثناها من ابينا ولا اعلم ان صاحبي باع حصته ام لا وكذا لو ادعى كل منهما في نصفه فحلف احدهما
باليمين المردودة دون الاخر لانه لا يمين ولا يكون على حق الغير فيثبت له ما حلف عليه ولا يشاركه
الاخر وكيف كان ولو ادعى عليه شيئا مثلا فانكر واقر ولم تكن دعوى اصلا فصالحه المدعى عليه على شيء

مع

وزرعه او نحو ذلك باته اي ماء المدعى عليه بحيث يكون العوض عن حق الدعوى هو نفس ماء المدعي
ليسقي به زرعه او نحوه لا اعلم مخالفا لذلك كما لا يخفى وكذا الحكم لو كان السقي مورد الصلح اي معوضا
وعوضه امرا اخر من عين او منفعة عكس ما في المتن كما صرح به بعض الاصحاب وكيف كان فالاقوى في
المسئلة المزبورة والقائل الشيخ في ط كما حكي عنه انه لا يجوز لان العوض هو الماء وهو مجهول فلا يصح
الصلح بناء على فرعيته على البيع وفيه وصرح ايضا في … جواز بيع ماء الشرب اي ماء النهر مع
ضبط المدة بيوم او بيومين كما في الجواهر قوله ويظهر من الشيخ انه قال بعدم الصحة مطلقا سواء كان
ضبط المدة او لا كما يستفاد ذلك من اطلاق قوله كلامه ومن بعض متاخري المتاخرين الصحة مطلقا
سواء كانت المدة مضبوطة او لا نظرا الى الاصل عدم اشتراط المعلومية في العوضين فيصح الصلح
مع الجهالة المحضة سواء تمكن من دفعها ام لا كما اشرنا اليه في اول كتاب الصلح ويظهر من الاكثر التفصيل بين
صحة الصلح مع ضبط المدة المعلومة وان لم يكن العوض معلوما بحسب المقدار واليه ذهب الشهيد في
لك والعلامة في القواعد وصاحب جامع المقاصد مستدلا على ذلك بانه لا ريب ولا شبهة في انه يجوز
بيع ماء الشرب اتفاقا فلا بد ان يكون الصلح عليه جائزا بطريق اولى والعجب من الشيخ انه قال بجواز
بيع ماء الشرب ومنع ذلك في الصلح عليه في ط … الشهيد كلامه بصورة عدم تقييد المدة كما هو الظاهر
من تعليل الشيخ بقوله لانه مجهول فعلى هذا المرتبين خلاف في هذه المسئلة بين القدماء الا ان الظاهر
من كلمات الاصحاب في هذه المسائل ان نزاعهم صغروي بمعنى ان نزاعهم ليس في انه هل يشترط المعلومية
في عوض الصلح او لا لانه كلام قد صرح في اول الباب بان نزاعهم انما هو في طريق معلومية العوض بعد اتفاقهم
ظاهرا على اشتراط معلوميته في الجملة فقال بعض الاصحاب وهم الاكثر الى ان معلومية المدة طريق
الى معلومية مقدار الماء عرفا وهذا المقدار يغتفر الماء بحسب الفرائض مجهولا بعد وذهب بعض
الى عدم الكفاية بذلك بل لا بد مع ذلك من مشاهدة الماء ايضا لرفع الجهالة وعلى هذا الاقوى في النظر
ما ذهب اليه الاكثر من صحة الصلح على سقي الماء اذا كانت المدة معلومة وان لم يكن مقدار اصل الماء
معلوما وذلك لان الجهالة في المقدار متسامح فيها عرفا للزوم الحرج والعسر لو اشترط المعلومية
من كل

مع

من كل وجه ومن هنا ظهر جواز الصلح ايضا لو تعلق السقي ببعضه واما ما ذكره من ان مثل هذه الجهالة
فيما في الصلح فيه وعلى كل حال وانما لو صالحه على ما ادعى به مثلا اي صالح المدعى عليه المدعي او العكس
والاول هو الظاهر من العبارات كما لا يخفى كما ان الظاهر ان يكون العلم للمدعى عليه على اجراء الماء من
سطح المدعي الى سطحه اي المدعى عليه او من ساحته الى ساحته او على اجرائه في ساقية المحفور لم يصح
للعوض ما لم يعلما الموضع الذي يجري فيه الماء اي المحل الذي يخرج منه الماء وهو سطح الملك
او ساحته لم يرتفع به الجهالة اقول هنا مسئلتان احداهما ان يقع الصلح على اجراء الماء بمعنى ان
يكون العوض هو نفس اجراء الماء من محل الى محل دون الجري ولا ريب ان هذا الصلح ح مفاد
الاجارة لكون متعلقه هو المنفعة لا العين ولذلك جعل الشيخ في ط كما حكي عنه الصلح على الاجراء
فرع الاجارة ومحل الجري فرع البيع فاذا كان الامر كذلك فما ذكره الشهيد ره في لك في تفسير قوله
يعلم العلم بالموضع مما لا وجه له وافقا … حيث قال المراد بالعلم بالموضع الذي يجري منه الماء ان
يقدر مجراه طولا وعرضا لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك
شيئا ملك قراره الى تخوم الارض وذلك لما عرفت من انه مال … على الفرض … الذي ذكره
الخ فلا ربط لهذا التعليل الذي ذكره كما لا يخفى نعم كلامه متجه فيما لو جعل عوض الصلح عن الدعوى مجرى
الماء وهو محل الخروج كما سيجيء بيانه وكيف كان ولا شبهة بل لا خلاف ظاهرا في انه لو لم يتعين اجراء
الماء بوجه من الوجوه لا باعتبار المحل ولا باعتبار المجرى ولا باعتبار القدر لكان هذا الصلح باطلا
وفاسدا لكونه غررا عرفا باعتبار المعلومية في الجملة محل الكلام بين الاصحاب كما يظهر من كلماتهم
في هذا المقام بل انما كلامهم كما قلنا في المسئلة السابقة في طريق العلم الى العوض فيظهر من الاكثر
ان العلم بالموضع الذي يجري على الماء منه كاف في العلم بمقدار الماء لان من معلومية المحل والظرف
من حيث صغره وكبره غالبا يعلم قدر المظروف الذي هو الماء من حيث القلة والكثرة عرفا فلا يحتاج
الى مشاهدة الماء بعد العلم بالمحل الذي يخرج منه الماء ومن بعض اخر كالشهيد في لك عدم الاكتفاء
بذلك بل لا بد من المشاهدة لاختلاف الاغراض بالقلة والكثرة لا بمجرد الكثرة الا الورد الى احدهما

في بعض الاحيان فلابد من مشاهدة الكل وكذا الاقوى في النظر هو الاول لان المدار في معلومية
العوض انما هو على العرف لا على المداقة الحكمية للعسر والحرج وتعطيل الامور غالبا على ان بناء الصلح
على المسامحة والمساهلة وثانيهما هو ما لو صالحه على نفس مجرى الماء بالمعنى الذي عرفته دون
الاجراء فقط فاده حينئذ والبيع كما لا يخفى ولا بد حينئذ من معلومية قدر المجرى طولا وعرضا لا عمقا كما ذكره
الشهيد في ذلك وتم كلامه ره وهذا مما لم يتوجه الله اليه لوضوحه فرعان احدهما لو صالح عوض
الصلح اجراء الماء في سطحه يجوز مشاهدة جاز اذا قدر السائل ولو كان غير محصور فوق السطح
لا يجوز الصلح على الاجراء لا فرض استحقاق المعدوم وفيه انه يمكن تعيين الاجراء طولا وعرضا كما يعرف
به في سرفة وثانيهما لو وقع السطح او احتاجت الساقية الى الاصلاح وجب على المالك لتوقف حقه
عليه وليس على المصالح الذي له حق الاجراء والعالم واذا قال المدعى عليه صالحني عليه لم يكن
اقرارا لانه قد يصح مع الانكار اقول قد وقع الخلاف بين الخاصة والعامة في ان الطلب الصلح
من المدعي هل هو اقرار بعدم استحقاقه لما وقع عليه الدعوى اولا وعلى تقدير الاول هل هو اقرار
بانه للمدعي او لا بل هو اقرار بانه ليس له ما لا كونه للمدعي فلا لاحتمال كونه وكيلا او وليا او نحوه
في ذلك وان كان فضوليا فالاحتمالات المتصورة ثلاثة ثم لا يخفى فذهب الخاصة اجمع الى ان طلب
الصلح من المدعى عليه ليس اقرارا لما ذكرنا في اول الباب من انه يصح مع الانكار وايضا لعموم الادلة فهو اعم من الا
قرار والعام لا يدل على الخاص وهو واضح لان الصلح قد يراد به قطع المنازعة وغيره فان قطع الدعوى
والخصومة واذا احتمل الامرين لم يحمل على الاقرار به اذ ذلك التعليل في جميع الفوائد وفيه نظر واضح
هذا مع انه اتفاقي بين الاصحاب وذهب الشافعية الى انه اقرار بمعنى ان طلب الصلح يستلزم الاقرار
لزوما شرعيا نظرا الى عدم صحة الصلح مع الانكار للزوم اللغو والعبث لكون المدعى به ملكا
للمدعي بحسب ظاهر الشرع ولا يحدث الصلح به تمليكا في لو قال صالحني على العين التي ادعيتها
يكون ذلك الصلح اقرارا لانه طلب منه التمليك وذلك يتضمن الاعتراف بالملك وصار كما لو قال
ملكني وفيه اولا منع اللزوم ضرورة عدم دلالة الصلح على الاقرار بواحد من الاحتمالات الثلاث اصلا
فانه

فانه لو ادعى ولد باحد ... الجاز ... والزاهد باقراره وادعائه مكابرة كما لا يخفى
على المنصف وثانيها منع لزوم اللغوية اذ قد يكون الغرض من المصالحة كفاية دعوى الشرور
اسقاط الدعوى لا التمليك فيكون صحيحا بحسب ظاهر الشرع لعموم الادلة لترتفع هذا الصلح بالنسبة الى
الواقع يحتمل الفساد والصحة كما ذكرناه في اول الباب بتفصيله مستوفيا والحاصل انه لا ينبغي
الشك في صحة الصلح مع الانكار ولا ريب فيه ولا شبهة تعتريه فرع وهو انه على القول بان طلب
الصلح اقرار فلابد للطالب اما والعين الى المقر له او لمن يصالح معه كما لا يخفى بخلاف القول بعدم
كونه اقرارا فانه لا يلزم ... العين ولا المطالبة ثم لا يخفى ان الظاهر من القائلين بكونه اقرار
هو الاقرار للمدعي فتدبر وعلى كل حال لو قال بعني او ملكني كان اقرارا لانه صريح في التماس التمليك وهو
ينافي كونه ملكا له لاستحالة طلب تحصيل الحاصل كما علل به ذلك في اللك وغيره والظاهر انه لا خلاف
في ذلك في الجملة انما الكلام والخلاف في انه هل يكون اقرار المنكر للمدعي او لا بل اقرار في الجملة
قولان احدهما انه اقرار بان المال للمدعي كما هو المحكي عن التحرير وجامع الفوائد وعن الغاية من الاكثر
قائلا المشهور ان قوله بعني وملكني اقرار للمدعي ... عليه الشيخ في ط بخلاف صالحني ومستنده ظاهر
هو انه يفهم عرفا الاقرار للمدعي وثانيهما انه اقرار في الجملة وليس اقرارا للمدعي كما هو المحكي عن ... والكفاية
وصرح الشيخ في المبسوط والجواهر نظرا الى انه اقر بعدم كونه ملكه وهو اعم من كونه ملكا للمدعي اذ قد يكون
وكيلا او وصيا او نحو ذلك واذا احتمل اللفظ الامرين لم يحمل المقتضي للملك للمدعي بل ينبغي ملكيته
بالاصل وبالجملة مرجع الاقرار الى كونه مالكا للبيع لا مالكا للمبيع لانه اعم فلابد له على العام
اللهم الا ان يقال هذا وان كان بحسب الوضع اعم من كون المطلوب منه البيع او التمليك مالكا او
وكيلا ولكنه من الاطلاق يفهم عرفا الملك للمدعي فتدبر وقال السيد في المناهل الحق ان قوله ان
المعتبر في الاقرار كون كلام المقر صريحا في الدلالة على المراد ... عليه بالدلالة المطابقية او التضمنية
فليس قوله بعني او ملكني اقرارا ... ان الكتفي في الاقرار بمجرد ظهور اللفظ ولو من جهة الغلبة او العموم
كما في المطلقات المحمولة على الافراد الشائعة فيكون اقرارا للمدعي ... الاحتمالات الاخر حيث قال ولعل

الاخير في غاية القوة لشهادة العرف بذلك اقول اما الفرق بين قوله بعني وملكني وبين قوله
صالحني فواضح لا يحتاج الى البيان ضرورة ان الاول ليس الا التمليك فيكون صريحا في التمليك
وهو لا يستلزم الاقرار والا يلزم تحصيل الحاصل بالتقريب الذي ذكرنا بخلاف الصلح فانه لم يتعين
للتمليك والنقل والانتقال وان كان قد افاده في بعض الموارد فليس صريحا في الاقرار لكونه اعم
ودعوى ان الاول ليس صريحا فيه لاحتمال ... عدم وقوع البيع الاحتياطي كما في الصلح الاحتياطي لانه
خرج بالاجماع ممنوع عندنا اولا وثانيا نمنع صحة البيع الاحتياطي لكونه مخالفا للقاعدة وان قلنا بصحة
الصلح الاحتياطي لانه خرج بالاجماع ... ان طلب البيع اقرار فهل هو اقرار للمدعي او انه اقرار
في الجملة اقول مقتضى ... ما قلنا انه لو كان ملكا له لزم تحصيل الحاصل هو الثاني ضرورة ان
المدعى عليه مثلا طلبه للملك اقرار بانه ليس له ولا يثبت ذلك ليس اقرار للمدعي لوجه من الوجوه
اذ طلب التمليك كما يصح ان يكون من المالك كذلك يكون من وكيل المالك والولي والعام لا دلالة له
على الخاص ولذلك لو اقر بعد ذلك بكون المدعى به لاجنبي غير المدعي لا يكون كاذبا ولا غاصبا
للمدعي بخلاف ما لو كان الاقرار للمدعي الا ان ظاهر كلمات الاصحاب هو الاول ولعل المستند هو
هو ظهور العرف بان يقال المفهوم عرفا من قوله بعني وملكني هو الاقرار للمدعي وهذا ليس ببعيد
فتدبر فرع لو ادعى الاجنبي انه وكيل المدعى عليه في الصلح صالح المدعي صح فاذا انكر المدعى عليه وكالته
حلف وكان للاجنبي العوض بعد حلفه وقبله لم يرجع الى المدعى عليه ان كان الاداء باذنه كما
ذكرنا تفصيله في باب الضمان وكيف كان فيلحق بذلك احكام التنازع في الاملاك نوع من الانواع
الذي هو ما عرفت من كون الصلح لقطع التنازع على انه ربما يذكر الصلح في بعض افراده ولقد احسن
الشهيد ره في س حيث لم يلاحظ ذلك بل جعله بحثا مستقلا سماه بكتاب تزاحم الحقوق والامر في
ذلك سهل وعلى كل حال فمن مسائل الاولى لا خلاف ولا اشكال في انه يجوز اخراج الرواشن والاجنحة و
نحوها الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لا تضر بالمارة اقول تحقيق الكلام في هذا المقام موقوف
على بيان الاقسام فنقول اجعل الطريق طريقا قد يكون متسبيلا من المالك بمعنى ان يكون مقصود المالك
من بناء

من بناء الطريق هو كونه للمسلمين وهذا سبيله سبيل الوقف وان اختلف الاصحاب في هذه المسئلة
اي في ان من بنى مسجدا وقنطرة او قطرة او طريقا ونحو ذلك من اعمال الخير فهل يحصل الوقف بمجرد
النية من دون صيغة اصلا اولا فذهب بعض الاصحاب الى الاول لصدق عنوان البنيان من المسلمين
على ذلك وما نحن فيه ايضا فرد من هذه المسئلة فيصح الوقف على هذا المذهب لكن بشرط حصول الا
ستطراق من واحد كما ان الصحة في المسجد موقوفة على الصلوة فيه ولو من واحد لان هذا بمنزلة
القبض المشترط في الوقف وقد يكون طريقية الطريق باحياء من المحيي سواء كان شخص واحد او متعدد
بمعنى ان المحيي قصد باحيائه كونه للمسلمين وقد يكون غيرهما كالوسوسي واحد ... اذا
عرفت ذلك فاعلم انه ان كان الطريق من القسم الاول فمقتضى الاصول والقواعد عدم جواز التصرف
فيه بوجه من الوجوه لا في سطحه ولا بان يجعل فيه دكة او سدا او نحو ذلك ولا في تحته كان يجعل
سردابا ولا في هوائه بان يجعل ساباطا او يخرج روشنا او جناحا ونحو ذلك اما على القول بان
الوقف لا يخرج عن ملك الواقف بل باق على ملكه بعد الوقف فواضح ضرورة ان التصرف في الطريق
تصرف فيه بغير اذن صاحبه فلا يجوز وكذا على القول بانه لو وقف ملك للموقوف عليه او لا بل
ملك صدقة ولكن منفعته للمسلمين اما على الاول فلان التصرف ان كان تصرفا في سطح الطريق فلا
ريب انه تصرف في ملك الغير وبدون اذن صاحبه وان كان المتصرف فيه شريكا في ذلك الا انا
حققنا في محله ان تصرف احد الشريكين مثلا في العين المشتركة لا يجوز الا باذن شريكه سواء كان ذلك
التصرف موجبا للضرر ولا واما ان كان التصرف في تحته او هوائه فكذلك ايضا لما عرفت من التبعية التي قام
الاجماع على اعتبارها بمعنى ان الهواء مثلا تابع للعين في جميع اوصافه ان ملكا فملك وان وقفا
فوقف وان رهنا فرهن ونحو ذلك من الاوصاف العارضة له فاذا كان الفضاء والتحت ايضا ملكا
او حكمه فلا يجوز التصرف فيه ايضا ولذلك اتفق الكل على عدم جواز السرداب تحت ارض المساجد وسائر
الامكنة الموقوفة وليس ذلك الا لما ذكرنا ثم لا يخفى ان المراد بالهواء الفضاء الزائد على قدر حاجة الملاك
وان لم يكن لهم كلام في عدم جواز التصرف في الفضاء المشاهد للمالكين كما لا يخفى نعم لهم كلام اخر

فان الهواء التابع للعين هو من الارض الى العرش اولا بل ما بعد بحسب العادة وفائدته صفاء
لذلك العين للاصحاب قولان والاقرب بحسب الظاهر الاخير وبالجملة لا يمنع لاحد ان شك
في ذلك بل ذلك مقتضى القواعد والضوابط فقول بعض الاصحاب بجواز تصرف المتصرف في الهواء
الزائد عن قدر الحاجة اذا لم يكن موجبا للضرر معللا باثبات العقد والمتيقن من عدم الجواز هو فيما
اذا كان التصرف في سطح الطريق واما في الهواء فلا بل هو باق على اباحته الاصلية مما لا وجه له
اصلا لعين ما عرفت واما اذا لم يكن الموقوف عليه بل منفعته كانت لخاصة
فكذلك لا يجوز التصرف فيه اصلا وذلك لان الواقف اذا وقف شيئا لاجل استيفاء منفعة
خاصة كالاستطراق فيما نحن فيه مثلا فلا ريب انه لا يجوز استيفاء المنفعة منه من غير هذه
الجهة كما حققنا في محله فتدبر وملخص الكلام انا قد اعتقدنا ان مقتضى القواعد والضوابط
عدم جواز التصرف في الطريق الا اذا جاء به الدليل على الجواز ويظهر من بعض الاصحاب كما سمعت
من الاستناد في الاصل الجواز الا ما اخرجه الدليل نظرا الى اصالة الاباحة في الاشياء
كقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا حيث دل بعمومه على اباحة جميع التصرفات والعقد والخارج
منه تحت هذه الاية هو التصرف في نفس الطريق ابى في افراده وبقي الباقي تحت الاباحة وفيه انه
ان اريد منه للاصح فرض كون الوقوف ملكا للموقوف عليهم فلا ريب انه غير معقول كما لا يخفى وان
اريد منه كونه ملكا لله تعالى فلا وجه له ولكنه مع ذلك لا يعم المذكور لوجود الفرق بين ما نحن فيه
وسائر المباحات ثم ان هذا كله من حيث الاصول والقواعد التاسيسية الاولية اما الكلام في
من حيث الاصول والقواعد الاولية فهل ثبت لنا دليل وقاعدة اخرى من الشرع تدل على الجواز
او لا فلا بد لتحقيق ذلك من بيان اقسام التصرفات فنقول التصرفات التي تظهر من المتصرف بالنسبة الى
الطريق لا تخلو اما ان يكون موجبا للضرر على المارين باي نحو من الانحاء من سد الطريق واساءة
الادب والظلام عليهم او غير ذلك او لا يكون موجبا للضرر ولكن بالنسبة الى المنفعة المعدة لها بل يكون
موجبا للضرر ولو بالنسبة الى غير الجهة التي اعدت كما لو حفر وجاء مثلا بالاشراف عليه من دون
ضرر

ضرر بل باسقاط استطراق المارين او لا يوجب ضررا اصلا اما القسم الاول فيعني حكمه تفصيلا وانه
واما الثاني فيظهر حكمه من بيان الثالث فنقول لا ريب ولا شبهة ان القاعدة المذكورة في التصرفات
الغير الموجبة للضرر ما قد انقطعت في محل المقام بالسيرة القطعية المستمرة في جميع الاعصار والامصار
من زمن النبي صلى الله عليه وآله الى يومنا هذا من غير نكير فان الناس في المساجد والمقابر والحارات ويشربون و
ينامون ويجلسون ولم ينكر احد مع امتثال نعمة لذلك وسقيفة بني ساعدة وبنو النجار اشهر من
الشمس في رابعة النهار ومع ان النبي صلى الله عليه وآله جعل حلاجه ووضع ميزابا في دار عمه العباس وفعله حجة كقوله
فلو لم يكن نحو هذه التصرفات جائزا فلا بد من نهيه عنه فاستكشفنا من هذه السيرة الجواز في كل
ما لم يكن موجبا للضرر والادات المخالفة في ذلك الشيخ في ط كما حكي عنه حيث قيد الجواز بعدم معارضة
احد من المسلمين لم يحتج بوجوه ثلاثة احدها انه حق لجميع المسلمين فان انكر واحد لم يجز ان يتصرف على
حقه ووجب قلع ما احدث فيه وفيه اولا بعد قيام الدليل ليس للمعارض معارضة بل هو معاند ولم يسمع
معارضته وثانيا ان الغرض عدم الضرر به للمارة وهو حاصل بالفرض فليس لاحد منع ما تصرف لا
يضر به لا للانتفاع وثالثا انه لو كان يجوز كونه حقا لهم مقتضيا انه لا يجوز اخراج الرواشن
المذكورين مع معارضته الكافر لو استحقاقه في الجملة وثانيها انه لو سقط عنه شيء يوجب تلف نفس
او اتلاف مال لكان ضامنا بالاتلاف ويدل على عدم جواز الاشتراط الضمان وفيه اولا منع الملازمة
ان الضمان لا ينافي الجواز كما في صورة عدم المعارضة التي قال الشيخ بالجواز وثانيا منع اصل الضمان
واسنا لكونه ضامنا في فاصل الشرع بالدليل الذي ذكرنا الا اذا فرط في ذلك وثالثها انه لو ملك الا قرار فلا
يملك الهواء فلا الا القرار المعاوضة وضعفه ظاهر مما عرفت بعد فرض عدم الضرر ومن هنا ظهر الجواز
في القسم الثاني ايضا لما عرفت من ان السيرة على عدم المنع لو نظر وجاء بالاشراف عليه كما لا يمنع لو كان
وضعه في ملكه واستلزام الاشراف عليه خلافا للكركي حيث قال الاقرب عدم جواز الاشراف المقتضي
لضرر الجار وهو ملحق بضرر المارة وفرق بينه وبين وضعه في ملكه كيف شاء وان استلزم الاشراف
على الجار والاطلاع عليه لان للانسان التصرف في ملكه كيف شاء ويستلزم في المنفعة هو عموم

ما دل على نفي الضرر واشار في س الى ما هو المحكي عنه الى الفرق بين الاولين قائلا والفرق انه مسلط
على ملكه مط والروشن يشترط فيه عدم الضرر لان الهواء ليس ملكه وفيه اولا ان المعتبر في الوضع في
الطريق عدم الاضرار باهل الطريق لانه موضوع للاستطراق فيمنع ما ينافيه واما اعتبار عدم الا
ضرار بغيرهم فلا دليل على المنع فيه فتم وثانيا المنع من استلزام الاشراف بنفسه الضرر وبعد امكان
الاطلاع على اهل الجار ليس مانعا وضابط الحرام انما هو التطلع كما لا يخفى وثالثا انما حقيقة الضرر
اللازم من الاشراف على تقدير تسليمه بالضرر المترتب على لزوم التطلع ومجمل الكلام الشيخ قال بجواز
التصرف في الطريق ولكن مقيدا بعدم الضرر وبعدم معارضة الغير والكركي قال بجوازه مقيدا بعدم
الضرر مطلقا لا بالنسبة الى المارين ولا الى غيرهم وانت عرفت الحق في ذلك فتدبر جيدا ثم لا يخفى انه
يظهر من جميع ما ذكرنا عدم كون الطريق مباحا لهم اذ لو كان كذلك لزم ان يكون المتصرف في العلو
والتحت مالكا للهواء والسرداب والدكة وغير ذلك من التصرفات كما هو الشان في سائر المباحات مع
انه لا يملك اتفاقا فيكشف ذلك عن عدم كونه مباحا وايضا ظهر مما ذكرنا ان المناط في عدم الجواز هو الاضرار
بالمارين مط فلو لم يكن موجبا للاضرار بهم فيجوز التصرف مط كما هو مقتضى القاعدة الثانوية من دون
فرق بين ان يكون التصرف في سطحه او علوه او تحته لكن هنا امور ينبغي التنبيه عليها الاول اذا اخرج
جناحا او روشنا بحيث يوجب الضرر على المارة فالظاهر انه لا كلام في ازالتها وقلعها والعمدة ما دل على
نفي الضرر ولانه تصرف في حق الغير لا على الوجه المشروع فيكون ظلما والظلم يجب رفعه ولا كلام فيه ولا
نعرف مبرا انما الكلام في انه هل يجب الازالة على كل مكلف عالم بذلك متمكن منها من غير ضرر او يوجه احتمالات
احدها ان الازالة تجب على كل احد موصوف بما ذكر من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وقد صار اليه في المسالك
قائلا وجوب ازالتها لا يختص بواضعها وان كان الامر متاكدا لكونه غاصبا فان ازالتها دفع لمنكر يجب
على كل قادر ويعاقب تاركها الصيح عند وقد ينافيه ما ذكر بالمنع من كون الازالة من قبيل النهي عن
المنكر الواجب لان نهي المنكر انما يقصد ردع من يريد عاجلا ايجاده فيكون الواجب هذا وتحققه هنا
ممتنع لان المنكر هو الاخراج قد وقع فلا وجه للنهي عنه فلا يتوجه الازالة لان الاخراج معصية وابقائها
حالها

حالها من غير ازالة معصية اخرى والازالة نهي عن هذه المعصية وقد يجاب عنه بان النهي عن الابقاء
والتصرف فيما اخرجه الخارج لا يحصل الا بالازالة فيحكم بوجوبه على كل مكلف بل يتحقق بغيره وصار الى
اجباره على الازالة فتم وثانيها ان الازالة تجب على الواضع وقد صار اليه في كره كما هو المحكي عنه
قائلا اذا وضع الجناح والساباط في الدرب المسلوك على وجه يضر وجب ازالته وعلى السلطان
الزامه بذلك واشار الى هذا الاحتمال في محكي جامع المقاصد حيث قال بان الظاهر انه لا يجب على الغير
الازالة حتى صاحب السلطنة للاصل ولانه ان احضر احد جزء الطريق فالظاهر عدم وجوب طمه
والواجب النهي وتكليف الفاعل به وبعضهم ما ذكره انه قد يكون في تكليف جميع المكلفين بالازالة
اضرارهم باعتبار توقفهما على بذل المال واعطاء الاجرة ونحو ذلك غالبا والاصل عدمه
وان الاقرب هو هذا الاحتمال الثاني هل المراد بالضرر هو الضرر مطلقا ولو كان نادرا او غيره او الضرر
الغالبي والظاهر كما يظهر من الدروس هو الثاني ضرورة ان بناء الشريعة غالبا على اناطة الاحكام
على الغالب لا النادر والملاحظ للامرين الا في صورة نادرة في الغاية وهو خلاف المعلوم في
سيرة المسلمين قديما وحديثا ويظهر ذلك من جامع المقاصد في الرجع والضابط في الضرر اللاحق
من الاخراج وعدمه هو العرف ويختلف ذلك باختلاف حال الطريق عادة فالطريق وان كانت مما
يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه عادة واعتبر في كرة مرور الناصبا
ومحمل لانه قد يزدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح وفناه في بو لندور ولا امكان اجتماعهم مع اماله
على وجه لا يبلغهم ولعل ذلك هو الاقوى ثم حيث انه الثالث لو عمل السرداب في الطريق النافذ وحكم
او جبر ولم يضر الطريق من وجهها بحيث يضر بالمار جاز كما عن واحد للسيرة وعزاه منه
مثله وفي لل النافذ وان لم يكن لها رسم قديم ولو لم يحكم او جبر يمنع منه اجماعا كما في س وكل
اما ازالتها وكذلك يجوز فالدكة اذا لم يكن موجبا للضرر اصلا ويظهر من بعض المنع من الدكة
والسابقة مطلقا نظرا الى انهما موجبا الاشتباه الملك وهو ضعيف وفيه تامل وكيف كان هل
السرداب يجري عليه من احكام الملك من صحة بيعه واجارته ووقفه ونحو ذلك او لا بل يبقى الا اباحة

الاذوح حزر مرز الابنية
لحب بجم

الفرق لما احد بينهما عدا ان الراجح الدائم المستفاد من ظاهر كلماتهم وفتاويهم هو الثاني ولذلك
لو ارتفع الطريق بحيث يصل الى قرب الروشن والاجنحة او انخفض الى ان يسفل فيحتاج الى ازالة الكل
لا يجوز وعلى اي تقدير فلا اشكال في مملوكية آلة البناء للاصل والعوض وهل التراب الحاصل من
حفر السرداب يجوز له التصرف فيه بما يستعمله في تعمير دوان او جدران اولا فيه اشكال لكن الاول
اقرب فتأمل وعلى كل حال فلو كانت ابنية الرواشن مضرة وجب ازالتها على الواضع الغاصب او على فاعل
رفع المنكر على الاختلاف الذي اشرنا بل الاختلاف احتمل في ذلك بل انما الكلام فيما لو اظلم بها الطريق
فان كان بحيث يكون موجبا للضياء بالكلية منع اجماعا كما عن غير واحد ويجب ازالتهما والظاهر
انه لا خلاف فيه ولا شبهة لتحريم مضافا الى عموم ما دل على نفي الضرر واما اذا لم يكن ذلك بما يوجب
ذهاب الضياء بالكلية فهل يجوز اخراجهما حيث يترتب عليه ظلمة الدرب اولا فيه اقوال احدها
انه لا يجوز ذلك مطلقا وهو المحكي عن القواعد وس وجمع المقاصد لانهم اطلقوا ان ظلمة الدرب مما
يمنع من اخراجهما وثانيها انه يجوز ذلك مطلقا وهو المحكي عن ظاهر الجامع والمحكي عن الشيخ فقط وثالثها ان
ذلك لا يجوز ان تضرر به المارة ولو باعتبار ضعف البصر ويجوز ان لم يتضرر به المارة وهو المحكي عن كره
ولك والكفاية وهو في غاية القوة بل قد يدعى الاتفاق عليه وعدم تحقق وان النزاع راجع
الى النزاع في الموضوع فالقائل بالاول يدعي استلزام محل البحث الضرر مطلقا والقائل بالثاني عدم
الضرر مطلقا وهذا هو الاقرب حيث ان الضرر بسبب ضعف البصر وليلا في غاية الندرة وقد بينا
ان المعتبر في المنع هو تضرر المارة كلهم او اكثرهم في جميع الاوقات او اكثرها لا تضرر واحد او
جماعة قليلة في وقت من الاوقات فان ذلك لو كان مانعا لما جاز اخراجهما اصلا لعدم تحقق
صورة لم يترتب عليه ضرر ما اصلا ولو بالنسبة الى الواحد في شيء من الاوقات وهو خلاف سيرة
المسلمين في جميع الاعصار والامصار كما صرح به جماعة من علمائنا الابرار على ان الضعف الحاصل
لضعف البصر لذلك بعد ضرر النفع الحاصل لجميع اهل الدنيا او اكثرهم من الوقاية من ضرر الحر
البرد والمطر وغير ذلك وهو اولى بالترجيح قطعا فاذا ارتكاب الشر القليل بجلب الخير الكثير مما يشهد
العقل

العقل بحسنه بل ولو وصدقه وعلى فرض التسليم فلازم بل دفعه بالاندراج هنا فتلخص مما ذكرنا ان المناط
في المنع هو صدق الضرر فعلا ثم بالنسبة الى الغالب لا النادر فرع وهل انه صرح في كره بانه لو جعل
الطريق المطلع مسلوكا بان جعل الاستطراق في ملكه ودفع الحاجز فان سبله مؤبدا وسلك فيه الناس
لم يكن له بعد ذلك قطعه ولم يرد سبيله كان كالعارية فيجوز له الرجوع فيه وما ذكره جيد ان كان
التسبيل بالوقف ونحوه من العقود والايقاعات اللازمة شرعا واما مجرد التسبيل ففي كفايته القول
اشكال ولكن الاول احوط فتأمل وعلى كل حال ولا خلاف في انه يجوز فتح الابواب المستجدة فيها
في الطرق النافذة سواء كان لها باب اخرى اليها او الى طريق مرفوع ام لا كما عرفت من ان المسلمين
في ذلك سواء ولا يقدح في ذلك صيرورة المرفوع عنها نافذة بسبب الباب المفتوح المتصل بالنافذة لان
ذلك انما يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق اذ ليس لاحد دخول داره الا باذنه فلا يجعل نفوذ
الطريق بل قيل لو فرض نفوذه لا باس به لانه للاصل فتأمل هذا كله في الطرق النافذة اما الطرق
المرفوعة التي لا تنتهي الطريق اخره الى المباح يجوز استطراقه بل كان منتهيا الى ملك الغير او
الى مباح لا يستطرق اما لكونه مسدودا بحائط او لا بل منتهيا الا انه لا يجوز المشي فيه هذا
كله من المرفوعة وهذا بنا ذو موضوعها في النافذة فانما عبارة عن الطريق الذي ينتهي الى
اخره الى مباح اخر يعبر منه المارة حتى لو ربما الذين لهم ابواب فانفذ البناء دون من بلا صحة
داره ويكون حائط البناء من غير نفوذ وبعبارة اخرى ان الاحق بها من ليس باب فانفذ
على وجه شرعي لا من كان حائط فيه فلم يسد هذه السكة والاتفاق بما كغيرها من املاكهم
ولهم قسمتها فيما بينهم ولا دخال كل منهما في داره خلافا لبعض الشافعية فمنع من سدها
وضعفه واضح كما انه لا يجوز لغير اربابها احداث شيء فيها ولا جناح ولا ساباط ولا غيره الا باذن
اربابه سواء كان مضرا اولم يكن لانه مختص بهم وكذا ليس لبعضهم ذلك الا باذن شركائه كما في سائر
الحال فيما اشتركوا بلا خلاف احد في شيء من ذلك كما في الجواهر بل قال فيه كانه اجماعي خلافا لاحد
الشافعية وبالجملة لا شك في الحكم المذكور في الجملة اي ما دام مرفوعا انما الكلام في انه لو زال او

منهم السد بحيث يخرج الطريق عن موضوع المرفوعة ودخل في موضوع النافذة فهل يرتفع احكام
المرفوعة عنه ويجري عليه احكام النافذة اولا بل هو باق على حالته الاولى مقتضى الاستصحاب
هو البقاء على حالته الاولى ولكن التحقيق موقوف على تنقيح مسألة اخرى وهي ان الطرق المرفوعة
هل هي ملك لاربابها او لا بل لها جهة اختصاص بها فنقول اختلف الاصحاب في ذلك الذي
ذهب اليه الاكثر بل كاد ان يكون اجماعا منهم هو ان الطرق المرفوعة ملك لاربابها اذ لا يخلو اما
ان يكون الطريق ملكا لبعضهم ثم اخرجه عن ملكه فسبله للجماعة خاصة ولا ريب في كونه وقفا ويكون
الموقوف ملكا للموقوف عليهم او بحكم الملك كما ذكرنا سابقا وعلى اي التقديرين كان الطريق بينهم لهذه
المنفعة الخاصة او يكون من المباحات فقد اجتمع واحازوه على هذا الوجه الخاص اي
يكون الحائزين جماعة معهودة ضرورة كون احياء كل شيء بحسب حاله وبحسب ما قصد وينتقل
اليهم بالارث والشراء وغير ذلك من الاسباب الناقلة وكيف كان باي سبب من هذه الاسباب
انتقل اليهم كان ذلك ملكا لهم كما لا يخفى والمحكي عن الاردبيلي ره هو انه قال بعدم الملكية حيث تردد
فيها قائلا ان في كون هذا الزقاق ملكا تأملا الا ان يعلم ذلك بوجه شرعي ولذا لو ادعى ملكيته
الغير من دون معارض لم يشترط ان لا يكون مستندها والاستطراق لكونها من ان يحصل
في تلك تنفي الملكية بالاصل اذ لا فرق بين السكون والمرفوع الا ان المترددين في الاول
اكثر من الثاني وبالجملة حاصل كلام المقدس المذكور ان الاصل دليل على عدم الملكية ولم يثبت
كون مجرد الاستطراق من الاسباب الموجبة لاحداث الطرق ملكا شرعا اذ لا ملازمة بينهما
وبين الملكية بوجه من الوجوه ثم اجاب صاحب الحدائق عن ذلك بان التصرف دليل الملك ولكن في
الشوارع لما لم يكن التصرف متعينا لم يترتب عليه الملك بخلاف المرفوعة وفيه انه ان اراد بان اليد
لحصول الملك وانها فيه منع واضح لكونها اعم من ان يكون يد غصب او عادية او ملكا فلا
لا تدل على الخاص وان اراد انه يفيد الملك بحسب الظاهر فيما اذا حصل الشك في الموضوع بمعنى انه
لم يعلم ان ما في يد المسلم الذي يدعي ملكيته انتقل اليه بالاسباب الشرعية كالارث والبيع ونحوها
اولا

اولا بل انتقل اليه بغير الناقل الشرعي كالغصب والسرقة وغيرهما فيحكم بكونه ملكا له بحسب الظاهر فهو
مسلم الا ان ذلك يصح فيما اذا كانت الحال مجهولة لنا والموضوع مشتبها اما لو كان الامر معلوما
لنا فلا يحتاج الى التمسك لاثبات الملكية باليد بالجميع وانا قد حققنا ان الطريق ملك لاربابها
بتقريب الذي ذكرنا ومن هنا يظهر ضعف ما استند اليه الاردبيلي لعدم كونه ملكا ثم اذا عرفت
ذلك فاعلم ان مرجع ما نحن فيه هو ان الاحكام المترتبة على الطرق المرفوعة ان كان ثبوتها
باعتبار الوصف العنواني اي باعتبار وصف المرفوعية بحيث يكون المرفوعية جزء لموضوع
الحكم فلا ريب في انتفاء الاحكام بانتفاء وصف المرفوعية واما ان كان ثبوتها
للطرق باعتبار الذات في حال مقارنتها لوصف المرفوعية فح لا يرتفع الحكم بارتفاع الوصف كما
هو واضح ولا يخفى على احد انه لو زال السد لا يخرج بذلك الطريق عن ملكهم والغرض ان الا
حكام انما ثابتة لزامه في حال حدوث المرفوعية بمعنى كون المرفوعية علة محدثة لثبوت الاحكام
ولا علة مبقية وبالجملة ان مجرد زوال السد عن الطرق المرفوعة لا يوجب زوال الملك ولا تغيير
الحكم وان كان موجبا لزوال الاسم والموضوع ثم اذا عرفت موضوع طرق المرفوعة وملكيتها
لاربابها فاعلم ان الكلام يقع في مقامات الاول في بيان كيفية ملكها لاربابها بمعنى انهم هل يشتركون
جميعهم في جميع الطريق فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم ام لا بل يكون المجموع فيما بين المجموع
بان يكون وامي الدرب مثلا مشتركا بين الجميع لانه محل تردد والباقي مختص بصاحب الباب
الداخل ثم الفضلة اعني ما يستهي الدرب كانه يتم مشتركا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين
بل اقوال والذي ذهب اليه المشهور بين الاصحاب هو ان ارباب هذا الدرب يشاركوا في
وامي الدرب الى الباب الاول الذي يسمى بالاعلى ثم من باب الاول الى باب الداخل يكون مختصا بصاحب
الداخل ولا يكون لصاحب الاعلى حق فيه اصلا ثم الفضلة شيء من الدرب بعد باب الداخل يكون
ايضا مشتركا بين صاحب باب الاعلى وباب الداخل والحاصل انهما مشتركان في الطرفين و
ينفرد صاحب الداخل بما بين البابين مستندا الى ان المقتضي للاستحقاق في كل واحد هو الاستطراق

دهنا بنه بابه فلا يشارك فى الداخل فحكمه بالنسبة الى هذا الداخل الزايد على بابه حكم الاجنبى من
غير اهل السكة وكان مراده بهذا الاستدلال هو ان الاحياء سبب للملك ولكن بحسب ما
نوى ولا ريب ان كل واحد من الارباب قصد من احياء الطريق طريقية من حيث انه طريق له ولدورهم
وممر لهم الى وصولهم لدورهم ومن المعلوم ان الاحياء بهذا القصد يفيد الملك بقدر ما وصل
به الى دورهم لا ازيد واما الفضلة فيثبت اشتراكهم فيها من جهة الترجيح بلا مرجح بعد ان بالاحياء
كونها ملكا لهذا الارباب لا للغير وكونها مختصا للبعض دون البعض ترجيح بلا مرجح فيكون
الجمع من هذه الجهة والى هذا المذهب مال شيخنا الاستاد ولم ظله وذهب الشهيد فى ترو ذلك
ومجمع الفايدة كما هو المحكى عنهما الى ان جميع ارباب الدروب مشتركون فى جميعها حتى فى الفضلة
الواخلة فى صدرها ولعل ابى استدلالنا لاحتياجهم الاذلك ولا يخفى ضعفهما بعضهم مستند الى ان
الاحياء يفيد الملك والمفروض ان الاحياء كان من الجميع فيكون الجميع بينهم والى انه قد احتاج
اهل السكة الى جميعها عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال فيكون فيلزم ان يكون مشتركة
بين جميعهم وفيه ما لا يخفى من ضعف كلا الوجهين اما الاول فلما عرفت من كون الاحياء كان
تابعا للقصد بعنوان سببيته للملك انما هو بحسب ما نوى لا ازيد ولا انقص وقد عرفت ان
المقصود من احيائهم هو كون الطريق فيما مر الى دورهم وهو يقتضى الملكية الى قدر ما وصل
الى بيتهم لا ازيد منه واما الثانى فلان احتياج جميع اهل السكة الى جميعها وان كان يتفق الا
انه نادر فى الغاية بل قد لا يتفق بالنسبة الى كثير من الاشخاص والنادر حكمه حكم المعدوم وثانيا
ان مجرد الاحتياج الى الشئ لا يقتضى الشركة كما لا يخفى منه والمحكى عن كره والكفاية التوقف فى المسئلة ويمكن
ذكر بمجمع الفايدة كما حكى عنه احتمالا فى المسئلة وهو ان داس الدرب الى باب الاول كان مشتركا بين
الجميع ومن الباب الاول الى الاخر الفضلة يكون مختصا بصاحب باب الاخر ولا وجه له وهو
ضعيف جدا ولا يلتفت اليه المقام الثانى فى تصرفات الخارجى اعنى غير الارباب بالنسبة الى الدرب
هل يجوز ام لا فنقول يظهر من كلمات الاصحاب وفتاويهم الاختلاف فى عدم الاجازة للارباب فى الدرب

الا

الى اقوال ثلاثة قول الاول عدم جواز التصرف لغير الارباب فيه بوجه من الوجوه مع عدم الاجازة من الارباب
لانه تصرف فى ملك الغير بدون اذن صاحبه والظاهر انه هو المشهور وبين الاصحاب وظاهر
من بعض اخر الجواز ما لم يكن موجبا للضرر وفى جهة الرد فيجوز وحطا وان منعوا مستند الى احترام السرح
على ذلك كما فى الثانى فلانه حيث انا رأينا بالعيان والوجدان ان من ادخل اجنبيا فى الطرق المرفوعة
سواء كان دخول الاجنبى لمصلحة نفسه او غيره فيمنعه واحد من الارباب لفحشه الناس ولم يسمع
منه فيكشف ذلك من وجود السيرة ولا جل ذلك خرجنا عن القاعدة وحكمنا بان لغير الارباب
ايضا حق الاستطراق فى هذا الطريق كما اختاره ذلك شيخنا الاستاد دام ظله ولكن فى
ذلك تامل لعدم تحقق السيرة اولا وثانيا على فرض تسليمه يمنع كشفه من رضاء الملاك والمتيقن
منه هو وجوده ما لم يمنع مانع والا فبعد المنع يحتمل ان يرجع الى القاعدة وقد عرفت ان
مقتضى القاعدة عدم الجواز فيه ويظهر من بعض اخر التفصيل بين التصرفات القليلة والخفيفة
وغيرها فحكم بالجواز فى الاول عملا بشاهد الحال وبعدمه فى الثانى لاصالة حرمة مال الغير
بغير اذنه وانتفاء شاهد الحال فيه غالبا كما يظهر من الجواهر وكيف كان الاقوى فى النظر بحسب الظن
هو الاول وانه لم يثبت السيرة وكذا لا يجوز لغير الارباب لو اراد فتح باب او يستطرق فيه بلا خلاف
فيه كما فى الجواهر دفعا للشبهة الحاصلة عند تطاول الزمان وتبعا اخرى الى الارباب الشبهة هو ان
فى فتحه فى الجملة دلالة على الاستطراق وثبوت الحق ولو بعد مضى مدة فيجب منعه عن ذلك دفعا
للوقوع فى الشبهة ولو فى الزمان المتأخر ودعوى ان الشبهة تندفع باخذ السجل عنده واقامة الشهود
عليه وغيره لك فاسد لاحتمال موت الشاهد وفقد السجل فيبقى المستند بحاله فالاولى ان يحتج
لغير الاستطراق منه للاستصحاب كما قال فى محكى كره وقد تجوان بما ذكرنا يحصل الفرق بينه وبين
رفع الحائط الجائز له لان رفع الحيطان لا دلالة على استحقاق الاستطراق وثبوت الحق كما لا يخفى فيجوز
له وضعه لعموم الناس مسلطون على اموالهم بخلاف فتح الباب فان فيه دلالة وفائدة ومن هنا ظهر
انه لا خلاف ولا شبهة فى انه يجوز لغير الارباب فتح الروازن والشبابيك فى جدار الى الطريق

الموقوعه بل والى جداره الجار للاستضاءة بها او لغيره لعموم الناس مسلطون على اموالهم وعدم
مجئ الشبهة المتقدمة وعدم كونه تصرفا فى ملك الغير كما لا يخفى فليس للجار النهى عنه ولو استلزم
الاشراف على داره الجار فله منع وضع شئ فى ملكه يمنع ذلك وان منع الضوء لان الحوم التطلع على
الجار لا يجوز التصرف فى ملكه بحيث يشرف عليه كما ذكرناه سابقا وعلى كل حال فنحو ذلك فيما يمنع
منه يجوز فعل ذلك بلا اشكال ولا اعتراض لغيرهم الخارج عنهم فانه حق للخارج وفاقا من خلاف
بعض الشافعية واضح الضعف ولا كلام فى ذلك انما الكلام فى انه هل يجوز للارباب الاذن فى
الرجوع او لا فذهب جماعة الى الاول نظرا الى انه كالعارية فيجوز لكل واحد منهم الرجوع والمحكى عن
كره ان لا فيه وجوب الارش للسبيل فى تلاف المال على اشكال وفى الجواهر فى وجه الاشكال
قال لعله لامكان منع التسبيب لانه اقدام على هذا الضرر بعد فرض كونها عارية ومن حكمنا
جواز الرجوع اللهم الا ان يقال انه مع علمه بجواز الرجوع بها لقاعدة الغرر وكيف كان الاقوى جواز
الرجوع للاصل لانه قبل الوضع جاز له الرجوع من العقود الجايزة التى يجوز للمجبر فسخها متى اراد
لقوله الناس مسلطون الخ وما نسب الى محكى الايضاح والشيخ وابن البراج لعدم جواز الرجوع ما ان
اقتضى البقاء الدايم كالاذن فى دفن الميت فى الارض وغيره ولا منع اقتضائه البقاء وثانيا
على فرض تسليمه نقول باقتضائه الدوام لغة لكن يمنع اقتضائه شرعا اذ لا ملازمة بين الاول
لا عقلا ولا شرعا وثالثا الحاقه بالدفن قياس مع الفارق فان حرمة النبش ثابت هنا
ودونه احراز البناء ثم بعد جواز الرجوع هل يلزم المجبر دفع الارش الى المستعير باعتبار تخريب
بنائه اولا بل يرجع مجانا ولا يستحق العبير منه شيئا وجهان الاول قوله فى المحكى عن كره والقواعد
لعدم المقاصد ولك الاول استند الى ان دفع الارش جمعا بين الحقين فيجب ولان البناء
المذكور بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقصه ولان سبب الاتلاف
هو المعير فالمباشر ضعيف وفى الكل نظر والمحكى عن مجمع الفايدة هو اختيار الثانى ولم يرجح فى
الايضاح ولا الكفاية شيئا من الاحتمالين مع اشارتهم اليهما والاقوى فى النظر هو التفصيل بين

ماكان

بين ما كان المستعير عالما بجواز الرجوع او جاهلا فعلى الاول لا يجب على المعير الارش بخلاف الثانى
والوجه واضح ثم لو قلنا بالارش فهل هو عوض ما نقص من الالات بالهدم او تفاوت ما بين
القائم والخراب وجهان واما مطلق الكلام فى باب العارية هذا تمام الكلام فى تصرفات غير
الارباب واما الكلام فى تصرفات الارباب بالنسبة الى الطرق المرفوعة فنقول لا يخلو اما ان
يكون تصرفهم فى الهواء والفضاء كاخراج الرواشن والاجنحة وغيرها او فى القرار والتحت كان
يعمل السرداب مثلا او فى السطح اما بان يعمل فيه شيئا كالدكة والساقية او غيرهما او لا يعمل فيه شيئا
بل يكون تصرفه بمجرد الاستطراق فان كان التصرف من قبيل الاولين فلا ريب ان مقتضى ما
اخترنا من ان ما بين البابين مختص بالداخل والطرفين مشترك بينهما هو ان لا يجوز التصرف
فى المشترك بوجه من الوجوه لا فى قراره ولا فى سطحه ولا فى هوائه الا باذن الشريك او الشركاء
اجمع كما هو مقتضى قاعدة الشركة واما صاحب الادخل فيجوز له التصرف فى القدر المختص به وليس
للباقين منعه الا مع الضرر عليهم فى جهة المرور ونحو لو قلنا بان جميع الدرب مشترك بين
الجميع فلا يجوز لكل احد منهم التصرف اصلا الا باذن الجميع كما لا يخفى وكذلك الحكم لو تصرف فى
سطح الطريق باحداث عمل فيه اما لو كان التصرف فيه بمجرد الاستطراق فالحكم فيه مشكل حيث
من جهة ان مقتضى القواعد الشركة هو ان يكون جواز الاستطراق من كل واحد منهم موقوفا
على اذن الجميع وبدونه لا يجوز الاستطراق مع انه يجوز اتفاقا حتى مع الامتناع اقول يمكن
ان يكون السر فيه من وجهين احدهما ان مقتضى القاعدة هو ما ذكرنا الا انه وجب
جواز الاستطراق من الارباب مع امتناع الباقى خرج بالدليل حيث ان الاجماع والسيرة
قائمان على الجواز مطلقا وثانيهما جواز الاستطراق على وفق القاعدة ويكون خروجه عن
القاعدة المزبورة خروجا موضوعيا لا حكميا بيانه انا نقول ان كل واحد من الارباب
يستحق الاستطراق على البدل بمعنى ان كل واحد اقدم على الاستطراق فانما هو اقدم على حقه
فيكون الاستطراق من مخصوصه بمقتضى قاعدة السبق والبداية كما فى حق المسجد والحاصل

ان التصرف الاستطراقي ليس تصرفا في حق الشريك حتى يحتاج التصرف فيه الى اذن الشريك بل يكون
تصرفه في حقه محضا فلا وجه للاحتياج الى الاذن نعم لو سبق اثنان دفعة الى الاستطراق يجب
ان يكون استطراق كل واحد منهما من استطراق الاخر نعم لا بد من الرجوع الى استطراق كل واحد ما لم
او الى عدالة منه من قبيل تزاحم الحقوق ونحوها وصفناه وملخص الكلام ان الشركة في الطرق الا في
ليس كحال الشركة في الاملاك وكيف كان ولو صالح من له حق منهم على احداث روشن مثلا
قبل ان القائل الشيخ لا يجوز لانه لا يصلح افراد الهواء بالبيع والصلح فرعه وفيه تردد بل امتناع ان
المقدمتان ممنوعتان لكونها اخص صادق بان الصلح المتضمن جواز وان قلنا بعدم افراده
في البيع لكن لا يخفى ان تفصيل الكلام يقتضي اولا تحقيق ان الهواء هل هو عين او منفعة او حق
من الحقوق او برزخ بين الكل الثلاثة كل من الثلاثة فيه ثم بيان ان متعلق العقد صلحا
كان او غيره هل هو الفضاء بنفسه او منفعة الفضاء كاخراج الرواشن والاجنحة فالكلام
يقع في مقامين لكن المقام الاول الذي هو ان الهواء هل هو عين او منفعة ليس بمحتاج الى
التفصيل بل انما هو شأن الحكماء والمتكلمين وان شئت فراجع الى كتبهم فحق نظر في المقام يقع
المقام الثاني بل في ضمنه يظهر الكلام في المقام الاول فنقول قال الشيخ في ط كما حكاه عنه ان محل
العقد هل هو نفس الهواء لا منفعته فلا يصح اولا كلامه هذا في اصل البيع حيث انه جعل
ان يكون وجه عدم الصحة لاجل ان الهواء منفعة فيتعلق الصلح على معنى البيع بل لا يجوز
لاشتراط كون المعوض في البيع اجماعا كما انه يحتمل ان يكون وجه عدم الصحة هو لعدم
كونه معلوما لعدم التحديد بل يحتمل الكلام ذلك وكيف كان لا يظهر من كلامه ان الهواء
هل هو عين او منفعة كالمحكي عن كره والتهذيب في الشرح هو انه لو وقع الصلح على الا بعوض
فانه لازم لكونه مفاده مفاد الاجارة حينئذ ولذا لا اشتراط فيه تعيين المدة وان كان بغير عوض
بني على اصالة الصلح او فرعيته للعارية ولا يخفى انه يظهر من هذا الكلام ان نفس الهواء
عين وباق على ملك مالكه ولو كان منفعة فلا معنى لوقوع العقد على منفعة المنفعة كما

لا يخفى ان الكتاب من لقطات الصلح
بقلم اقل الشتغلين علوان
الملقب بابن بابين
يوم الجمعة
شهر جماد
سنة
الالف
ومائتين
واربع
سبعين

این تقریرات از مرحوم مغفور
والد طاب ثراه است که در نجف اشرف نوشته شده